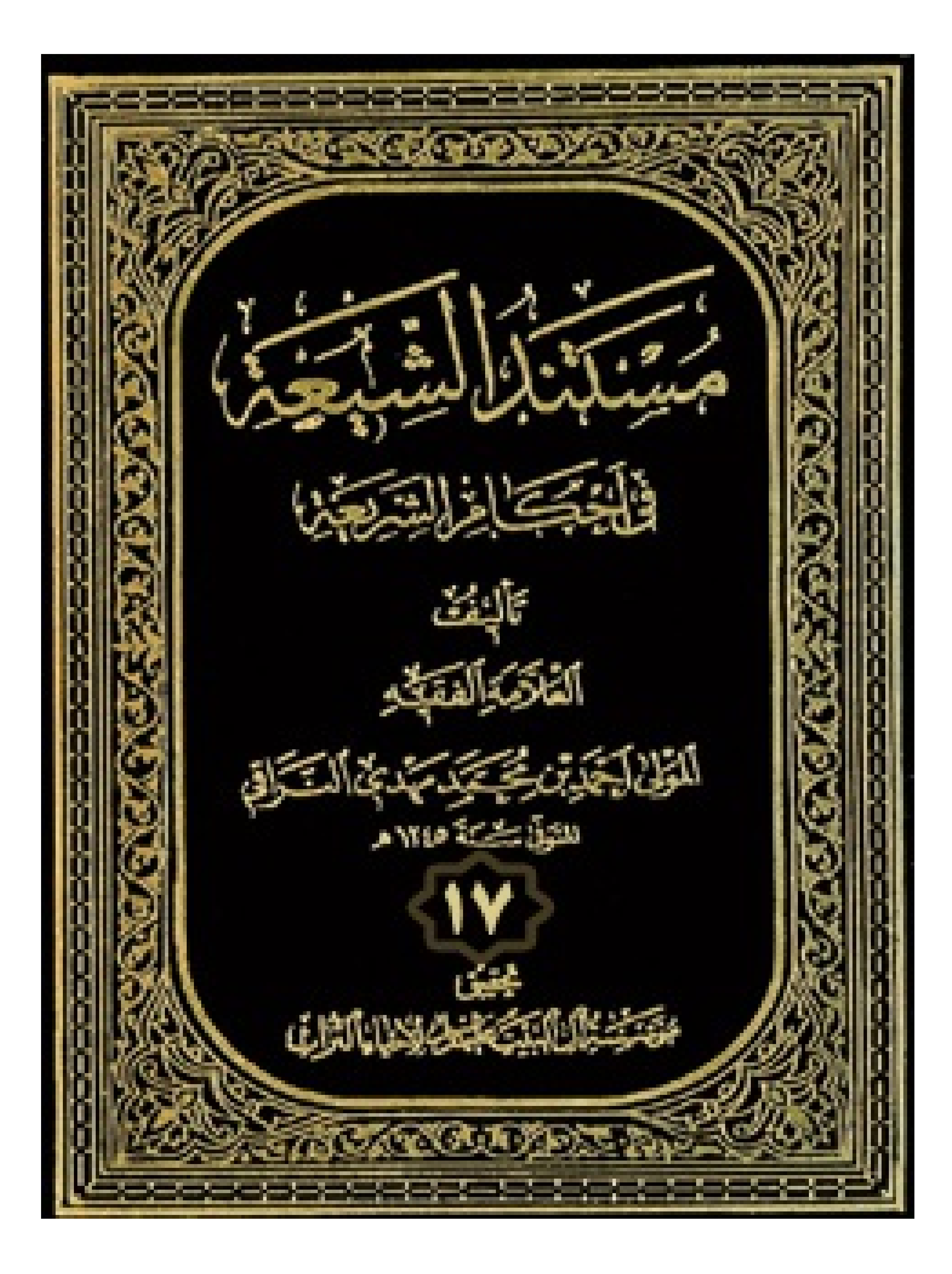

مستند الشيعة
في أحكام الشريعة
تأليف
الفقيه المحقق
المولى أحمد بن محمد مهدي النراقي
المتوفى سنة ١٢٤٥ هـ
١٧
تحقيق
مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث


بسم الله الرحمن الرحیم

مستند الشیعه

کاتب:

احمد بن محمد مهدوالنراقی

نشرت فی الطباعهٔ:

موسسه آل البیت لاحیاآ التراث

رقمی الناشر:

مرکز القائمیهٔ باصفهان للتحریات الکمبیوتریهٔ

الفهرس

مستند الشیعهٔ فی أحکام الشریعهٔ الجزء ۱۷

اشاره

سرشناسه : نراقی، احمدبن محمد مهدی، ۱۱۸۵-۱۲۴۵ق.

عنوان و نام پدیدآور : مستندالشیعه فی احکام الشریعه/ تالیف احمدبن محمدمهدی النراقی؛ تحقیق موسسه آل‌البیت علیهم‌السلام لاحیاءالتراث.

مشخصات نشر : مشهد: موسسه آل البیت (علیهم‌السلام) لاحیاء الثراث، ۱۴۱۵ق. = ۱۳۷۳-

مشخصات ظاهری : ج.

فروست : موسسه آل‌البیت لاحیاء التراث؛ ۱۵۶، ۱۵۷، ۱۵۸، ۱۶۰، ۱۶۵، ۱۶۶، ۱۶۷، ۱۶۸، ۱۷۱، ۲۴۲.

شابک : ۲۵۰۰ریال: ج.۱۹۶۴-۵۵۰۳-۷۵-۲ : ؛ : ج.۳: ۹۶۴-۵۵۰۳-۷۸-۷ ؛ ۴۰۰۰ ریال: ج.۵: ۹۶۴-۵۵۰۳-۸۰-۹ ؛ ۴۰۰۰ ریال (ج.۶) ؛ ۴۰۰۰ ریال (ج.۷) ؛ ۵۰۰۰ ریال: ج.۸۹۶۴-۵۵۰۳-۸۳-۳ : ؛ ۵۰۰۰ ریال: ج.۱۰۹۶۴-۳۱۹-۰۱۴-۵ : ؛ ۶۰۰۰ ریال: ج.۱۱۹۶۴-۳۱۹-۰۱۵-۳ : ؛ ۵۵۰۰ ریال: ج.۱۲: ۹۶۴-۳۱۹-۰۳۸-۲ ؛ ۵۵۰۰ ریال: ج.۱۳: ۹۶۴-۳۱۹-۰۷۳-۰ ؛ ۷۵۰۰ ریال: ج.۱۶: ۹۶۴-۳۱۹-۱۲۵-۷؛ ۷۵۰۰ ریال (ج.۱۷) ؛ ۳۵۰۰۰ ریال: ج.۲۰۹۷۸-۹۶۴-۳۱۹-۵۰۲-۱ :

وضعیت فهرست نویسی : برونسپاری

یادداشت : ج. ۵ (چاپ اول: ۱۴۱۵ق. = ۱۳۷۳).

یادداشت : ج. ۶ (چاپ اول: ۱۴۱۵ق. = [۱۳۷۳]).

یادداشت : ج. ۷ (چاپ اول:۱۴۱۶ق. = [۱۳۷۴]).

یادداشت : ج. ۸ (چاپ اول: ۱۴۱۶ق. = ۱۳۷۵).

یادداشت : ج.۱۰و ۱۱و ۱۲(چاپ اول: ۱۴۱۷ق. = ۱۳۷۶).

یادداشت : ج. ۱۳ (چاپ اول: ۱۴۱۷ق. = ۱۳۷۵).

یادداشت : ج. ۱۶ و ۱۷ (چاپ اول: ۱۴۱۹ق. = ۱۳۷۷).

یادداشت : ج.۲۰ (چاپ اول: ۱۴۳۱ق. = ۱۳۸۹).

یادداشت : کتابنامه.

مندرجات : :(v.۷) ۹۶۴-۵۵۰۳-۸۲-۵ ISBN :(۸ vols) ۹۶۴-۵۵۰۳-۷۵-۲ ISBN :(set) ۹۶۴-۵۵۰۳-۷۵-۲ ISBN(:(v. ۵ ۹۶۴-۵۵۰۳-۸۰-۹ ISBN :(v. ۶) ۹۶۴-۵۵۰۳-۸۱-۷ ISBN

موضوع : فقه جعفری -- قرن ۱۳ق.

شناسه افزوده : موسسهٔ آل البیت علیهم‌السلام لاحیاء التراث (قم)

رده بندی کنگره : BP۱۸۳/۳/ن۴م۵ ۱۳۷۳

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۴۲

شماره کتابشناسی ملی : م۷۴-۱۲۵۶

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ

الحمد للّه، و الصلاة على رسول اللّه، ثمَّ على أهل بيت رسول اللّه.

كتاب القضاء و الشهادات

اشاره

و فيه مقصدان

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٧

المقصد الأول فى القضاء

اشاره

و هو: ولاية حكم خاص- أو حكم خاص- فى واقعة مخصوصة و على شخص مخصوص، بإثبات ما يوجب عقوبة دنيويّة شرعا، أو حقّ من حقوق الناس بعد التنازع فيه، أو بنفى واحد منهما.

و فى هذا المقصد مقدّمة و أربعة مطالب. مستند الشيعة فى أحكام الشريعة ج١٧ ٧ أما المقدمة ففى بيان فضله، و شرفه، و عظم خطره، و وجوبه ..... ص : ٧

أمّا المقدّمة ففى بيان فضله، و شرفه، و عظم خطره، و وجوبه

اشاره

. و فيها ستّ مسائل:

المسألة الأولى: القضاء منصب عال عظيم، و شرفه جسيم.

و لعلوّ مرتبته و سموّ شأنه جعل اللّه سبحانه تولية ذلك إلى الأنبياء و الأوصياء من بعدهم صلوات اللّه عليهم، ثمَّ إلى من يحذو حذوهم، و يقتدى بهم، و يسير بسيرهم، من العلماء الآخذين علومهم منهم، المأذونين من قبلهم بالحكم بين الناس بقضائهم.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٨

و كفى بجلالة قدره تولية النبيّ صلّى اللّه عليه و آله إيّاه بنفسه الشريفة الزكيّة لأمّته، ثمَّ تفويضه إلى سيّد الأوصياء بعده، ثمَّ إلى أوصيائه القائمين مقامه، و خصّصهم بذلك دون سائر الناس، و كذلك من قبله من الأنبياء و خلفائهم.

و لعظم شأنه جعل اللّه يده فوق رأسه، و أهبط إليه الملك يسدّده. قال أبو عبد اللّه عليه السّلام فى خبر السكونى: «يد اللّه فوق رأس الحاكم ترفرف بالرحمة، فإذا حاف وكله اللّه تعالى إلى نفسه» «١».

و فى خبر آخر: «إذا جلس القاضى أو اجلس فى مجلسه هبط إليه ملكان يسدّدانه و يرشدانه و يوفّقانه، فإذا جار عرجا و تركاه» «٢».

المسألة الثانية: خطر القضاء عظيم، و أجره جسيم

، فإنّ القاضى لفى شفا جرف هار، فإن جار فى الحكم أو حكم بغير علم انهار به فى نار جهنّم، و إن عدل و حكم بما أنزل اللّه عالما

به متّبعا لسنّته فقد فاز فوزا عظيما، و نال نيلا جسيما.

و لذا قال النبىّ صلّى اللّه عليه و آله: «من جعل قاضيا ذبح بغير سكّين» «٣».

و قال أمير المؤمنين عليه السّلام فى رواية إسحاق بن عمّار: «يا شريح، قد جلست مجلسا لا يجلسه إلّا نبىّ أو وصىّ نبىّ أو شقىّ» «۴».

و قال أبو عبد اللّه عليه السّلام- كما فى مرفوعة البرقى-: «القضاة أربعة، ثلاثة فى النار و واحد فى الجنة: رجل قضى بجور و هو يعلم فهو فى النار، و رجل

---

(۱) الكافى ۷: ۴۱۰- ۱، الفقيه ۳: ۵- ۱۳، التهذيب ۶: ۲۲۲- ۵۲۸، الوسائل ۲۷: ۲۲۴ أبواب آداب القاضى ب ۹ ح ۱.

(۲) كنز العمال ۶: ۹۹- ۱۵۰۱۵، غوالى اللئالى ۳: ۵۱۵- ۱.

(۳) المقنعة: ۷۲۱، الوسائل ۲۷: ۱۹ أبواب صفات القاضى ب ۳ ح ۸.

(۴) الكافى ۷: ۴۰۶- ۲، الفقيه ۳: ۴- ۸، المقنع: ۲، التهذيب ۶: ۲۱۷- ۵۰۹ الوسائل ۲۷: ۱۷ أبواب صفات القاضى ب ۳ ح ۲.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج‌۱۷، ص: ۹

قضى بجور و هو لا يعلم أنّه قضى بجور فهو فى النار، و رجل قضى بحقّ و هو لا يعلم فهو فى النار، و رجل قضى بحقّ و هو يعلم فهو فى الجنّة» «۱».

و فى مرسلة الفقيه: «من حكم فى درهمين بغير ما أنزل اللّه عزّ و جلّ فقد كفر باللّه».

و فى أخرى: «من حكم فى درهمين فأخطأ كفر».

و فى ثالثة: «إذا كان الحاكم يقول لمن عن يمينه و لمن عن يساره: ما ترى؟ ما تقول؟ فعلى ذلك لعنة اللّه و الملائكة و الناس أجمعين» «۲».

و فى صحيحة أبى بصير: «من حكم فى درهمين بغير ما أنزل اللّه فهو كافر باللّه العظيم» «۳».

و فى رواية أنس بن مالك، عن النبى صلّى اللّه عليه و آله: «لسان القاضى بين جمرتين من نار حتى يقضى بين الناس، فإمّا فى الجنّة، و إمّا إلى النار» «۴».

و فى رواية سعيد بن أبى الخضيب: أنّه قال أبو عبد اللّه عليه السّلام لابن أبى ليلى القاضى: «ما تقول إذا جى‌ء بأرض من فضّة و سماء من فضّة، ثمّ أخذ رسول اللّه بيدك فأوقفك بين يدى ربّك، فقال: يا ربّ إنّ هذا قضى بغير ما قضيت؟» «۵» الحديث، إلى غير ذلك.

---

(۱) الكافى ۷: ۴۰۷- ۱، الفقيه ۳: ۳- ۶، المقنعة: ۷۲۲، التهذيب ۶: ۲۱۸- ۵۱۳، الوسائل ۲۷: ۲۲ أبواب صفات القاضى ب ۴ ح ۶.

(۲) الفقيه ۳: ۳- ۶، و ص ۵ ح ۱۴، و ص ۷ ح ۲۰.

(۳) الكافى ۷: ۴۰۸- ۲، التهذيب ۶: ۲۲۱- ۵۲۳، الوسائل ۲۷: ۳۱ أبواب صفات القاضى ب ۵ ح ۲.

(۴) التهذيب ۶: ۲۹۲- ۸۰۸، الوسائل ۲۷: ۲۱۴ أبواب آداب القاضى ب ۲ ح ۳.

(۵) الكافى ۷: ۴۰۸- ۵، التهذيب ۶: ۲۲۰- ۵۲۱، الوسائل ۲۷: ۱۹ أبواب صفات القاضى ب ۳ ح ۹، بتفاوت يسير فيها.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج‌۱۷، ص: ۱۰

المسألة الثالثة: القضاء واجب على أهله، بحقّ النيابة للإمام فى زمان الغيبة

فى الجملة بإجماع الأمّة، بل الضرورة الدينيّة.

لتوقّف نظام نوع الإنسان عليه.

و لأنّ الظلم من طبائع هذه الأشخاص و اختلاف نفوسهم المجبولة على محبّة الترفّع و التغلّب و إرادة العلوّ و الفساد فى الأرض وَ لَوْ لا دَفْعُ اللّهِ النّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَفَسَدَتِ الْأَرْضُ «۱» وَ إِنَّ كَثِيراً مِنَ الْخُلَطاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ على بَعْضٍ «۲»، فلا بدّ من حاكم بينهم ينتصف من الظالم للمظلوم و يردعه عن ظلمه.

و لما يترتّب من الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر.

و للأمر به فى الكتاب و السنّة، قال اللّه سبحانه يا داوُدُ إِنَّا جَعَلْناكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِ «۳».

و قال تعالى شأنه إِنَّا أَنْزَلْنا إِلَيْكَ الْكِتابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِما أَراكَ اللَّهُ «۴».

و فى رواية معلّى بن خنيس: «و أمرت الأئمّة أن يحكموا بالعدل، و أمر الناس أن يتبعوهم» «۵».

و فى مرسلة ابن أبى عمير: «ما تقدّست امّة لم يؤخذ لضعيفها من

---

(۱) البقرة: ۲۵۱.

(۲) سورة ص: ۲۴.

(۳) سورة ص: ۲۶.

(۴) النساء: ۱۰۵.

(۵) الفقيه ۳: ۲- ۲، التهذيب ۶: ۲۲۳- ۵۳۳، الوسائل ۲۷: ۱۴ أبواب صفات القاضى ب ۱ ح ۶.

قويّها بحقّه غير متعتع» «۱»، و غير ذلك من الأخبار.

المسألة الرابعة: إنّ القابل للحكومة و الأهل للقضاء

فى البلد أو فى مكان لم يتعسّر الوصول إليه إمّا واحد باعتقاد ذلك القابل و سائر أهل البلد بعد بذل جهدهم، أو متعدّد.

فعلى الأول: يكون القضاء واجبا عينيّا على ذلك القابل، و الوجه ظاهر.

و على الثانى: فإمّا يكون القابل متعدّدا باعتقاد الجميع، أو لا يكون كذلك.

فعلى الأول: يكون القضاء على كلّ من المتعدّدين واجبا كفائيّا، و وجهه أيضا ظاهر.

و على الثانى: فإمّا يكون الأهل- باعتقاد واحد ممّن له الأهليّة- متعدّدا، دون اعتقاد الرعيّة، بل هم لا يعتقدون الأهليّة إلّا لهذا الشخص.

أو يكون بالعكس، أى لا يعتقد ذلك الأهل أهليّة غير نفسه، و الرعيّة يعتقدون أهليّة غيره أيضا.

فعلى الأول: فإنّ علم ذلك الأهل أنّ عدم اعتقاد المعتقدين للغير ليس مستندا إلى تقصيرهم فى الفحص، بل هو إمّا منبعث عن الفحص، أو هم قاصرون عن الفحص- أى غير متمكّنين من المعرفة، لعدم شياع و استفاضة مفيدين للعلم لكلّ أحد، و عدم دليل آخر لهم- فيكون القضاء

---

(۱) الكافى ۵: ۵۶- ۲، التهذيب ۶: ۱۸۰- ۳۷۱، الوسائل ۱۶: ۱۲۰ أبواب الأمر و النهى ب ۱ ح ۹، غير متعتع: أى من غير أن يصيبه أذى يقلقه أو يزعجه (مجمع البحرين ۳: ۳۰۹) و فى التهذيب و نسخة من الوسائل: متضع، و فى أخرى منها: متصنّع.

عليه واجبا عينيّا، للانحصار فيه حقيقة، لأنّه لا يكفى فى الأهل وجوده الواقعى، بل اللّازم وجوده بحسب علم المكلّف.

و إن علم أنّ عدم اعتقادهم فى الغير ناشئ عن التقصير فى الفحص مع تمكّنهم منه، لا يجب عليه عينا، بل يكون واجبا كفائيّا عليه.

و على الثانى: فإن لم يعلم انبعاث اعتقادهم عن تقصير أو قصور، لا يجب عليه أيضا عينا، بل يكون كفائيا، و إن علم ذلك يجب عليه عينا.

و منه يظهر الحكم فى الصورتين الأخيرتين إذا اختلفت الرعيّة فى اعتقاد الغير و عدمه، فتكون العينيّة و الكفائيّة لذلك الأهل بالنسبة إلى القضاء لكلّ بعض كما ذكر.

و إن كان هناك أهل للقضاء باعتقاد نفسه دون اعتقاد الرعيّة كلّا أو بعضا، فيعتقدون عدم أهليّته إمّا علما أو عدالة، أو لا يعتقدون أهليّته:

فإنّ علم ذلك الأهل أنّ اعتقادهم العدم أو عدم اعتقادهم منبعث عن الفحص و السعى، لا يجب عليه قضاؤهم أصلا، لأنّ حكمه ليس نافذا عليهم شرعا، فلا يترتّب عليه أثر، بل ربّما يحرم عليه لو علم عملهم بحكمه لعدم المبالاة فى الدين، لكونه إعانة عليهم فى تأثيمهم، بل هو ليس أهلا شرعا، إذ عرفت أنّه من كان كذلك باعتقاد المكلّف.

بل و كذلك الحكم إذا لم يعلم ذلك، أو علم انبعاثه عن التقصير أو القصور، لأنّهم ما داموا كذلك لا يجب عليهم قبول حكمه، بل لا يجوز لهم، فتأمّل.

المسألة الخامسة: وجوب القضاء على من له الأهليّة

- عينا أو كفاية على التفصيل المتقدّم- إنّما هو بعد الترافع إليه، فلا يجب بدونه، للأصل، و عدم الدليل. فليس عليه الفحص عن وجود التخالف و التنازع بين

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج‌١٧، ص: ١٣

الناس، و لا عليه المحاكمة لو علمه و لم يترافع إليه.

نعم، لو علم وجود النزاع و التشاجر، و علم ظلم أحدهما على الآخر عدوانا أو جهلا بالمسألة، يجب عليه رفع النزاع بأىّ نحو كان من باب النهى عن المنكر، و كذا لو علم ترتب منكر آخر على تنازعهم.

و إذا ترافعا إليه، أو طلبه المدّعى- مع اجتماع شرائط الوجوب كما تقدّم- يجب عليه عينا مع الانحصار، و كفاية مع التعدّد.

و لا يجب عينا عليه مع التعدّد باختيار المتداعيين أو المدعى إيّاه، للأصل، و عدم الدّليل.

نعم، لو لم يعلما أو أحدهما التعدّد، يجب عليه أحد الأمرين: إمّا القضاء، أو الإرشاد إلى التعدّد.

و لو لم يرضيا أو المدّعى منهما بالترافع إلى غيره:

فإن كان لادّعائه العلم بعدم أهليّة الغير، يجب عينا عليه إن لم يمكن ردعه عن اعتقاده، و إن جوّزه يجب عليه إمّا إثبات أهليّته له أو الحكم.

و إن كان لعدم علمه بالأهليّة، يجب عليه إمّا الحكم أو أمرهما بالفحص عن حاله مع إمكانه. بل يمكن أن يقال بعدم وجوب شى‌ء عليه إذا علم استناد عدم علمهما إلى تقصير.

و لو لم يرضيا بالفحص أو بالترافع إلى الغير مع العلم بالأهليّة ففيه إشكال، سواء لم يعلم ذلك الغير بالتنازع بينهما و مطالبة الحقّ و لم يمكن له إعلامه، أو علم به الغير أيضا، أو أمكن إعلامه و لكن لم يترافع إليه المدّعى، و الأصل يقتضى عدم العينيّة، و لا إثم على أحد، لتقصير المتداعيين.

المسألة السادسة: على العينيّة أو الكفائيّة، هل هو على الفور،

أم

مستند الشيعة فی أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۱۴

يجوز التراخی؟

الظاهر: عدم الفوريّة، للأصل، و الإجماع، و ما ورد من بعض قضايا أمير المؤمنين عليه السّلام من تأخير الحكم و الدخول فی الصلاة أو إلی الغد.

نعم، الظاهر عدم جواز التأخير بقدر يوجب تضييع حقّ لو كان.

و الأولی أنّه لو أراد التأخير بدون عذر يستمهل من المدّعی.

ثمّ الوجوب عينا أو كفاية إنّما هو مع احتمال نفوذ حكمه و عدم مظنّة الضرر فيه، و إلّا لم يجب، و الوجه ظاهر.

مستند الشيعة فی أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۱۵

المطلب الأول فی تعيين القاضی و ما يتعلّق به من الشرائط، و الآداب، و الأحكام

اشاره

و فيه ثلاثة أبحاث:

البحث الأول فی تعيين القاضی و شرائطه

اشاره

و فيه مسائل:

المسألة الأولی: اعلم أنّ القاضی يغاير المفتی و المجتهد و الفقيه بالاعتبار.

فيسمّی الشخص قاضيا و حاكما: باعتبار إلزامه و حكمه علی الأفراد الشخصيّة بالأحكام الشخصيّة.

و مفتيا: باعتبار مجرّد الإخبار عن حكم اللّه و لو كليّا.

و مجتهدا: باعتبار مجرّد الاستدلال، و ردّ الفروع إلی الأصول، و استخراج الأحكام من مئاخذها، و استفراغ وسعه فيه.

و فقيها: باعتبار علمه الحاصل بالأحكام من ذلک الاستخراج و الاستفراغ.

فهذه الألفاظ الأربعة متّحدة مصداقا، متغايرة حيثيّة و مفهوما.

المسألة الثانية [لما كان وجوب الحكم و القضاء و وجوب قبول حكمه أمر مخالف للأصل فلا بد من دليل مخرج له من الأصل و مثبت لمنصب القضاء له]

لمّا كان وجوب الحكم و القضاء علی شخص من الرعيّة، بل جوازه، و وجوب قبول حكمه و التزام إلزامه، أمرا مخالفا للأصل. أمّا

وجوب الحكم و القبول فظاهر، و أمّا الجواز فللإجماع،

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۱۶

و المستفيضة، كرواية إسحاق بن عمّار المتقدّمة «۱».

و صحيحة سليمان بن خالد: «اتّقوا الحكومة، فإنّ الحكومة إنّما هى للإمام العالم بالقضاء، العادل فى المسلمين، لنبيّ أو وصيّ نبيّ» «۲».

و المرويّ فى مصباح الشريعة المنجبر بعمل الكلّ: «الحكم لا يصح إلّا بإذن اللّه» «۳»، إلى غير ذلك.

فلا بدّ- فى كون شخص قاضيا و جواز القضاء له و وجوب القبول منه- من دليل مخرج له من الأصل، و مثبت لمنصب القضاء له، و لهذا اجتمعت كلمتهم قاطبة على أنّ من شرائطه إذن الإمام.

و مرادنا من الدليل المخرج: هو الدالّ على ذلك الإذن.

ثمّ الدليل إمّا يختصّ بواحد معيّن شخصا، فيسمّى ذلك الشخص بالنائب الخاص، أو وصفا، فيسمّى بالنائب العام.

و لمّا لم يكن تحقّق الأول إلّا فى زمان الحضور، فلا فائدة فى التعرّض لبيان شرائطه، و إن تكلّم الأكثر فى أحواله أيضا. بل المهمّ لنا التكلّم فى الثانى، و تحقيق أنّه من هو؟ و ما شرائطه و آدابه؟

و لمّا عرفت أنّه لا يكون واحد من الرعيّة قاضيا إلّا بعد إقامة الدليل على ثبوت هذا المنصب و تحقّق الإذن له، فاللّازم أولا ذكر الأدلّة المرخّصة فى القضاء لطائفة من الرعيّة، الآمرة بالتزام أحكامهم.

و إذ لا يمكن الإذن للموجودين فى زمن الغيبة لشخص معيّن، بل

---

(۱) فى ص: ۸.

(۲) الكافى ۷: ۴۰۶- ۱، الفقيه ۳: ۴- ۷، التهذيب ۶: ۲۱۷- ۵۱۱، الوسائل ۲۷: ۱۷ أبواب صفات القاضى ب ۳ ح ۳.

(۳) مصباح الشريعة: ۳۵۲.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۱۷

يكون التعيين بالوصف، فلا محالة يكون فى أدلّة الإذن إطلاق أو عموم.

و تلك العمومات أيضا ليست باقية على حالها من العموم أو الإطلاق، بل لاشتراط بعض الشرائط خرج منها بعض أفرادها بالأدلّة المقيّدة أو المخصّصة لها، فلذا يلزم علينا الفحص ثانيا عن المقيّد و المخصّص، و تخصيص المنصب بمن لم يخرج عن تحت العموم.

و بذلك يظهر أنّه يشترط فى القاضى دخوله تحت أدلّة الإذن أولا، و عدم خروجه بسبب المخصّصات ثانيا.

المسألة الثالثة [الروايات الواردة فى إذن القاضى للحكم]

إذا عرفت أنّه لا بدّ فى القاضى من ورود الإذن فى شأنه، فنقول: إنّه قد ورد ذلك من سلاطين الأنام، و ولاة الأمر من جانب الملك العلّام، للعلماء بأحكام أهل البيت عليهم السّلام، بالإجماع القطعى، بل الضرورة، و المعتبرة المستفيضة:

كمرفوعة البرقى المصرّحة بأنّ: «من قضى بحقّ و هو يعلم فهو فى الجنّة» «۱».

و كصحيحة أبى خديجة: «انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئا من قضايانا، فاجعلوه بينكم، فإنّى قد جعلته قاضيا، فتحاكموا إليه» «۲».

و الأخرى: «اجعلوا بينكم رجلا ممّن عرف حلالنا و حرامنا، فإنّى قد جعلته قاضيا» «۳».

و وصف الروايتين بعدم الصحة- مع أنّه غير ضائر عندنا مع

(۱) المتقدمة فى ص ۸ و ۹.

(۲) الكافى ۷: ۴۱۲- ۴، الفقيه ۳: ۲- ۱ و فيهما قضائنا بدل قضايانا، التهذيب ۶: ۲۱۹- ۵۱۶، الوسائل ۲۷: ۱۳ أبواب صفات القاضى ب ۱ ح ۵.

(۳) التهذيب ۶: ۳۰۳- ۸۴۶، الوسائل ۲۷: ۱۳۹ أبواب صفات القاضى ب ۱۱ ح ۶.

وجودهما فى الأصول المعتبرة، و انجبارهما بالإجماع المحقّق و المحكيّ مستفيضا، و فى المسالك: أنّهما و المقبولة الآتية مشتهران بين الأصحاب، متّفق على العمل بمضمونهما «۱»- غير جيّد، لأنّ أولاهما رواها فى الفقيه، عن أحمد بن عائذ، عن أبى خديجة، و طريق الفقيه إلى أحمد صحيح، كما صرّح به فى الروضة «۲»، و أحمد نفسه موثّق إماميّ «۳».

و أمّا أبو خديجة- و هو سالم بن مكرم- و إن ضعّفه الشيخ فى موضع «۴» و لكن وثّقه فى موضع آخر «۵»، و وثّقه النجاشى «۶»، و قال أبو الحسن عليّ بن الحسن: كان صالحا «۷»، و عدّ فى المختلف فى باب الخمس روايته من الصحاح «۸»، و قال الأسترابادى فى رجاله الكبير فى حقّه: فالتوثيق أقوى.

و مقبولة بن حنظلة: «انظروا إلى من كان منكم قد روى حديثنا، و نظر فى حلالنا و حرامنا، و عرف أحكامنا، فارضوا به حكما، فإنّى قد جعلته عليكم حاكما، فإذا حكم بحكمنا فلم يقبله منه فإنّما بحكم اللّه استخف، و علينا ردّ، و الرادّ علينا الرادّ على اللّه تعالى، و هو على حدّ الشرك باللّه» «۹».

(۱) المسالك ۲: ۳۵۲.

(۲) روضة المتقين ۱۴: ۴۵.

(۳) راجع رجال النجاشى: ۹۸- ۲۴۶، و رجال الكشى ۲: ۶۵۳.

(۴) الفهرست: ۷۹.

(۵) نقله عن العلامة فى الخلاصة: ۲۲۷.

(۶) راجع رجال النجاشى: ۱۸۸- ۵۰۱.

(۷) رجال الكشى ۲: ۶۴۱.

(۸) المختلف: ۲۰۷.

(۹) الكافى ۷: ۴۱۲- ۵، التهذيب ۶: ۲۱۸- ۵۱۴، الوسائل ۲۷: ۱۳۶ أبواب صفات القاضى ب ۱۱ ح ۱.

و تضعيف هذه الرواية «۱»- مع انجبارها بما مرّ حتّى اشتهرت بالمقبولة- غير جيّد أيضا، إذ ليس فى سندها من يتوقّف فى شأنه، سوى داود بن الحصين، و وثّقه النجاشى «۲»، فلو ثبت ما ذكره الشيخ «۳» و ابن عقدة «۴» من وقفه فالرواية موثّقة لا ضعيفة، و عمر بن حنظلة، و قد حكى عنه توثيقه «۵».

هذا، مع أنّ فى السند قبلهما صفوان بن يحيى، و هو ممّن نقل إجماع العصابة على تصحيح ما يصحّ عنه.

و التوقيع الرفيع المرويّ فى إكمال الدين للصدوق، و كتاب الغيبة للشيخ، و الاحتجاج للطبرسى: «و أمّا الحوادث الواقعة، فارجعوا فيها إلى رواه حديثنا، فإنّهم حجّتى عليكم، و أنا حجّة اللّه عليهم» «۶».

و مرسلة الفقيه المرويّة فى معانى الأخبار و غيره أيضا: «اللّهمّ ارحم

---

(۱) كما فى المسالك ۲: ۳۵۲.

(۲) رجال النجاشى: ۱۵۹- ۴۲۱.

(۳) رجال الشيخ: ۳۴۸.

(۴) نقله عنه العلّامة فى الخلاصة: ۲۲۱.

(۵) يعود ضمير «عنه» إلى المضعّف و هو صاحب المسالك و قد وثّقه فى شرح الدراية، و إن كان مقتضى السياق عوده إلى النجاشى أو الشيخ أو ابن عقدة إلّا أنه لم يرد عنهم التوثيق و لم ينسبه إليهم أحد. قال الشهيد الثانى فى شرح الدراية: ۴۴: «و عمر بن حنظلة لم ينص الأصحاب بجرح و لا تعديل لكن امره عندى سهل لأنى قد حقّقت توثيقه من محلّ آخر». قال صاحب الرياض ۲: ۳۸۸- بعد نقل كلام المسالك فى تضعيف الرواية- «و عمر بن حنظلة و هو ممن حكى عنه بأنه وثقه.» أى الشهيد الثانى، و المظنون أن المصنّف أخذ العبارة من الرياض كما هو الملاحظ كثيرا فى الكتاب.

(۶) إكمال الدين: ۴۸۴، كتاب الغيبة للشيخ: ۱۷۷، الاحتجاج: ۴۷۰، الوسائل ۲۷: ۱۴۰ أبواب صفات القاضى ب ۱۱ ح ۹.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۲۰

خلفائى، قيل: يا رسول اللّه، من خلفاؤك؟ قال: الذين يأتون بعدى، و يروون حديثى و سنّتى» «۱».

و المروىّ فى الفقه الرضوى: «منزلة الفقيه فى هذا الوقت كمنزلة الأنبياء فى بنى إسرائيل» «۲».

و فى كنز الكراجكى عن مولانا الصادق عليه السّلام: «الملوك حكّام على الناس، و العلماء حكّام على الملوك» «۳».

و المروىّ فى تحف العقول للشيخ الجليل محمّد بن الحسن بن علىّ بن شعبة، و فيه: «مجارى الأمور و الأحكام على أيدى العلماء باللّه، الامناء على حلاله و حرامه» «۴».

و المروىّ فى غوالى اللئالى: «الناس أربعة: رجل يعلم، و هو يعلم أنّه يعلم، فذاك مرشد حاكم فاتّبعوه» «۵».

و تدلّ عليه أيضا الأخبار الآتى بعضها، الآمرة بالرجوع إلى الأعدل، أو الأعلم، أو الأفقه، عند الاختلاف.

و تدلّ عليه أيضا قاعدتان متّفقتان ذكرناهما فى كتاب عوائد الأيّام «۶».

و تؤيّده الأخبار المتواترة المتضمّنة ل: أنّ العلماء ورثة الأنبياء، و أنّهم

---

(۱) معانى الأخبار ۱: ۳۷۴- ۱، الوسائل ۲۷: ۱۳۹ أبواب صفات القاضى ب ۱۱ ح ۷.

(۲) فقه الرضا «ع»: ۳۳۸.

(۳) كنز الفوائد: ۱۹۵، مستدرك الوسائل ۱۷: ۳۱۶ أبواب صفات القاضى ب ۱۱ ح ۱۷.

(۴) تحف العقول: ۲۳۸، مستدرك الوسائل ۱۷: ۳۱۵ أبواب صفات القاضى ب ۱۱ ح ۱۶.

(۵) غوالى اللئالى ۴: ۷۹- ۷۴.

(۶) عوائد الأيّام: ۱۸۷.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۲۱

مثلهم، و أنّهم أمناء الإسلام، و أمناء الرسل، و المتكفّلون لرعيّتهم و لأيتامهم، و أمثال ذلك من الأوصاف «۱».

و لا يعارض تلك الأخبار ما مرّ من الأخبار الحاصرة للحكومة فى النبىّ و وصيّه، لأنّ الإذن الوارد فى تلك الأخبار أيضا توصية لغة.

و مع فرض التعارض فتلك الأخبار كلّها أو أكثرها أخصّ مطلقا ممّا مرّ فيجب تخصيصه بها.

ثمَّ إنّه قد ظهر من تلك الأخبار ثبوت الإذن للعلماء العارفين بأحكام اللّه فى القضاء، و كونهم منصوبين من قبل الإمام نوّابا له فى هذا الزمان.

لا يقال:

إنّ المذكور فى الأخبار هو العالم، و العارف و الفقيه، اللذان هما أيضا يتضمّنان العلم، و حصوله فى هذه الأزمنة غالبا غير ممكن، لأنّ طرق الأحكام ظنّية غالبا.

لأنّا نقول:

إنّ الظنّ لا- يعمل به ما لم ينته دليل وجوب العمل به أو جوازه إلى قطعىّ، فإنّ إثبات الظنّى بالظنّى- مع اطباق العلماء على بطلانه- دور أو تسلسل. و إذا انتهى إلى القطع و العلم يكون الحكم الحاصل منه معلوما، فإنّا لو علمنا أنّه يجب علينا العمل بالمظنون يكون المظنون حكمنا قطعا، فنكون عالمين بحكمنا قطعا.

و هذا هو المراد من قولهم: ظنّية الطريق لا تنافى قطعيّة الحكم.

و ليس فيه ابتناء على التصويب كما ظنّ، فالمجتهد إذا علم حجّية الخبر أو الظنّ الحاصل منه بدليل علمىّ و دلّ خبر أو ظنّ منه أنّ حكم اللّه فى الواقعة الفلانية كذا، يعلم قطعا أنّ حكمه فى حقّه كذا، فيصدق عليه أنّه

---

(١) الوسائل ٢٧: ٧٧ أبواب صفات القاضى ب ٨.

عالم أو عارف بقضيّتهم و حلالهم و حرامهم.

لا يقال:

إنّ مرادهم عليهم السّلام من أحكامهم و قضاياهم هى الواقعيّة، لأنّها أحكامهم، و أمّا الحكم الظاهرى فهو حكم المضطرّ.

لأنا نقول:

إنّ الأحكام الظاهريّة للمضطرّين حال اضطرارهم أيضا من الأحكام الواقعيّة لهم، إذ ليس المراد بحكمهم إلّا ما حكموا به، و هل حكموا للمضطرّ بغير ذلك الحكم، أو ليس هذا حكمهم فى حقّه؟! و هل ليس ما ظنّوا حلّيته مثلا بالدليل الشرعىّ حلالا من جانبهم له؟! و الحاصل: أنّ المظنون هو أنّ هذا مطابق لما حكموا به لغير المضطرّين، و أمّا أنّه حكمهم فى حق المضطرّين فهو مقطوع به.

و على هذا، فيكون هذا الذى عرف الحكم بالدليل الشرعىّ و لو كان ظنّيا عالما بالحكم، فيكون قاضيا متولّيا لمنصب القضاء، و يكون من شأنه الحكم، و من شأن الرعيّة القبول منه، إلّا أن يكون فاقدا لأحد الشروط المعتبرة فيه الآتية.

ثمَّ إنه هل يختصّ هذا الإذن العامّ لذلك العالم بحال الغيبة، أو يشمل حال الحضور أيضا، إمّا مطلقا أو مع عدم التمكّن للإمام؟ فيه وجهان، و لا فائدة لنا فى التعرّض لتحقيقه.

المسألة الرابعة: المصرّح به فى كلام أكثر الأصحاب أنّه يشترط فى هذا العالم المأذون فيه أن يكون مستقلّا بأهليّة الفتوى

اشاره

- أى يكون علمه حاصلا بالاجتهاد- فلا ينفذ قضاء غيره و لو كان مطّلعا على فتوى المجتهدين الأحياء و مقلّدا لهم.

و نفى عنه الشكّ المحقّق الأردبيلى مع وجود المجتهد، و فى الكفاية

أنّه لا أعرف فیه خلافا «۱»، بل فی المسالک و المعتمد لوالدی- قدّس سرّه-:

الإجماع علیه «۲»، و یشعر به کلام بعض الأجلّة فی شرح القواعد، حیث قال: و لا یکتفی عندنا بفتوی العلماء و تقلیدهم فیها، بل لا بدّ من اجتهاده فیما یقتضی به، خلافا لبعض العامّة «۳»، انتهی.

و حکی فی التنقیح عن المبسوط أنّه نقل قولا بجواز قضاء المقلّد، قال فی المبسوط فی هذه المسألة ثلاثة مذاهب: الأول: جواز کونه عامیّا و یستفتی العلماء و یقضی بقولهم، إلی آخر ما قال. ثمَّ قال فی التنقیح: و لم یصرّح- أی الشیخ- باختیار شیء من المذاهب «۴».

و استدلّ للمشهور، بالإجماع المنقول، و الأصل، و اشتراط الإذن و لم یثبت لغیره، لظهور اختصاص الإجماع به، و تضمّن أخبار الإذن المتقدّمة للعلم و المعرفة المجازین فی الظنّ.

مضافا إلی المتواترة الناهیة عن العمل أو القول به أو بغیر العلم، و المعتبرة للعلم فی الفتوی، و لا یحصل لغیر المجتهد سوی الظنّ غالبا، قیل:

بل و کذلک المجتهد، إلّا أنّ حجّیة ظنّه مقطوع بها، فهو ظنّ مخصوص فی حکم القطع، کسائر الظنون المخصوصة، و لا کذلک غیره.

أقول:

إن کان مرادهم نفی قضاء غیر المجتهد الذی لم یقلّد حیّا أو میّتا بتقلید حیّ یجوّز تقلید المیّت، بل یرجع إلی ظواهر الأخبار و کتب الفقهاء من غیر قوّة الاجتهاد- کما هو ظاهر کلام بعض متأخّری

---

(۱) الکفایة: ۲۶۲.

(۲) المسالک ۲: ۳۵۱.

(۳) کشف اللثام ۲: ۱۴۲.

(۴) التنقیح ۴: ۲۳۴.

المتأخّرین، حیث قال: و غیر المجتهد لا دلیل علی حجّیة ظنّه، قاطعا و لا ظنّیا، و لو سلّم الأخیر فغایته، إثبات الظنّ بمثله، و هو غیر جائز بإطباق العلماء «۱». انتهی- فهو کذلک، و لا ینبغی الریب فیه.

و إن کان مرادهم نفی قضاء غیر المجتهد مطلقا، حتی العادل المقلّد للحیّ فی جمیع جزئیّات الواقعة، أو للمیّت بتقلید الحیّ، فبعد ما علمت من عدم حجّیة الإجماع المنقول، و أنّ الظنّ المنتهی إلی العلم علم، یعلم ضعف تلک الأدلّة، لأنّ المقلّد إذا علم فتوی مجتهد فی جمیع تفاصیل واقعة حادثة بین متنازعین من مقلّدیه و جزئیاتها، یعلم حکم اللّه فی حقّهما، لأنّ حکمه و لو کان مظنونا، و لکنّه معلوم الاعتبار و الحجّیة بالنسبة إلیهما، فذلک المقلّد عالم عارف بحکم الشارع «۲» فی حقّهما، فیکون مأذونا بالأخبار المتقدّمة، عالما بالحکم خارجا من تحت الأصل.

إلّا أن یتحقّق الإجماع علی خلافه، و هو غیر متحقّق، کیف؟! و کلمات أکثر القدماء خالیة عن ذکر المجتهد أو ما یرادفه.

و عبّر کثیر منهم بالفقیه المحتمل صدقه- سیّما فی الصدر الأول- علی من أخذ برهة من المسائل و لو تقلیدا، کما صرّح به والدی العلّامة- قدس سرّه- فی تجرید الأصول و أنیس المجتهدین، و لذا قوّی بعض علمائنا المعاصرین فی أجوبة سؤالاته جواز المرافعة إلی العالم العادل المطّلع بجمیع المسائل الدقیقة المتعلّقة بواقعة تقلیدا، و نسب عدم الجواز إلی المشهور «۳».

---

(۱) الریاض ۲: ۳۸۶.

(٢) فی «ق»، «س»: المتنازع.

(٣) جامع الشتات: ۶۷۶.

و قد يوجّه جواز تقليد القاضی أيضا بحسنة هشام: «لمّا ولّی أمير المؤمنين عليه السّلام شريحا القضاء اشترط عليه أن لا ينفذ القضاء حتی يعرض عليه» «١».

و هو إنما يحسن لو لم تكن توليته إيّاه تقيّة كما هو الظاهر.

و بذلك و إن ظهر ضعف الأدلّة المذكورة لهم، إلّا أنّه يمكن أن يقال:

إنّ أكثر تلك الأخبار و إن كان مطلقا شاملا للمقلّد المذكور أيضا، إلّا أن قوله عليه السّلام فی المقبولة: «انظروا إلی من كان منكم قد روی حديثنا» إلی آخره، و فی التوقيع: «فارجعوا إلی رواه أحاديثنا» مقيّد بالمجتهد، إذ الظاهر المتبادر منه: الراوی للحديث، المستنبط المستخرج منه الأحكام علی الطريق الذی ارتضاه الشارع و أمر به، لا مطلقا.

و يعلم من ذلك احتمال اختصاص مرسلة الفقيه المتقدّمة بالمجتهدين فی الأحكام أيضا، بل و كذا الرضوی، لعدم معلوميّة صدق الفقيه علی مطلق العالم و لو تقليدا.

و يدلّ علی التخصيص أيضا المرویّ فی مصباح الشريعة، المنجبر ضعفه بما ذكر: أنّه قال أمير المؤمنين عليه السّلام لقاض: «هل تعرف الناسخ من المنسوخ؟» قال: لا- قال: «فهل أشرفت علی مراد اللّه عزّ و جلّ فی أمثال القران؟» قال: لا، قال: «إذن هلكت و أهلكت. و المفتی محتاج إلی معرفة القرآن، و حقائق السنن، و بواطن الإشارات، و الآداب، و الإجماع، و الاختلاف، و الاطّلاع علی أصول ما أجمعوا عليه و ما اختلفوا فيه، ثمَّ حسن الاختيار، ثمَّ العمل الصالح، ثمَّ الحكمة، ثمَّ التقوی، ثمَّ حينئذ إن

(١) الكافی ٧: ۴٠٧- ٣، التهذيب ۶: ٢١٧- ۵١٠، الوسائل ٢٧: ١۶ أبواب صفات القاضی ب ٣ ح ١.

قدر» «١».

قال عليه السّلام: «لا تحلّ الفتيا لمن لا يستفتی من اللّه عزّ و جلّ بصفاء سرّه، و إخلاص عمله و علانيته، و برهان من ربّه فی كلّ حال، لأنّ من أفتی فقد حكم، و الحكم لا يصحّ إلّا بإذن من اللّه» «٢».

و بتلك الأخبار يجب تقييد إطلاق بعض آخر.

و علم من ذلك صحّة ما هو المشهور من عدم جواز تولّی القضاء لغير المجتهد.

و هل يجوز له التولّی من جانب المجتهد و بإذنه الخاص؟

ربّما يحكی عن بعض الفضلاء المعاصرين «٣» جوازه، و لم أتحقّقه و لم أره فی كتابه «۴»، و لا- أری له وجها أصلا. و يمكن أن يكون ذلك لفتواه المتقدّمة بجواز المرافعة إلی المقلّد العادل العالم بمسائل الواقعة «۵».

و توقيفه علی الإذن لمعرفة العادل المطّلع.

و توهّم أنّ عموم الولاية فيما للإمام فيه الولاية ثابت للمجتهد، و منها:

الإذن الخاص فی القضاء.

مدفوع بأنّ للإمام الإذن للأهل و القابل، فالجواز للمجتهد أيضا يكون مقصورا علی من له الأهليّة، و هی لغير المجتهد غير ثابتة، و من ثبتت له لا يحتاج إلی النائب، لثبوت الإذن له عن المنوب عنه.

نعم، لا يبعد جواز حكم مقلّد عادل عالم بجميع أحكام الواقعة

(۱) مصباح الشريعة: ۳۵۵، بتفاوت يسير.

(۲) مصباح الشريعة: ۳۵۱.

(۳) أراد به المحقّق القمى.

(۴) كتاب القضاء المطبوع فى ضمن غنائم الأيّام و جامع الشتات.

(۵) تقدمت فى ص: ۲۴.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۲۷

الخاصّة فعلا، أو بعد السؤال فى تلك الواقعة الخاصّة، بعد إذن المجتهد له فى خصوص تلك الواقعة، بعد رجوع المدّعى أو المتخاصمين فيها إلى المجتهد، لأنّ التحاكم و الترافع و الرجوع فى الواقعة إنّما وقع عند المجتهد- كما هو المأمور به فى المقبولة و التوقيع- و المجتهد أمر بأن يفتش مقلّده عن حقيقة الواقعة و يحكم.

و التحذير الوارد فى رواية مصباح الشريعة إنّما هو لقاض خاص، فلعلّه لم يكن مأذونا من أهل فى خصوص الواقعة، كما هو الظاهر.

و كذا لا يشمله التحذير الوارد فى رواية إسحاق بن عمّار و صحيحة سليمان بن خالد المتقدّمتين، لأنّ الظاهر ورودهما فى حقّ من اتّخذ ذلك منصبا، لا من يحكم فى خصوص واقعة، بل يمكن أن نقول: الحكم حقيقة من المجتهد، و الواسطة كالآلة.

و الحاصل: أنّ هنا أمورا أربعة مخالفة للأصل:

الأول: التحاكم و الترافع و الرجوع من المتخاصمين بنفسهما.

الثانى: جواز حكم هذا المقلّد بما يعلم.

الثالث: نفوذ حكمه و وجوب اتّباعه.

الرابع: جواز أمر المجتهد هذا المقلّد بالحكم و بترافع المترافعين إليه.

و الأول: لم يقع بالنسبة إلى المقلّد، لأنّهما بنفسهما لم يرجعا إليه، و إنّما ترافعا عند المجتهد كما هو المأمور به لهما.

و الثانى: لا نهى فيه، بل صرّح بجوازه- بل ترتّب الأجر عليه- فى مرفوعة البرقى المتقدّمة و رواية الغوالى.

و الثالث: يثبت بثبوت وجوب اتّباع كلّ ما حكم به المجتهد بعد الترافع إليه، فإنّه قد حكم بقبول حكم هذا المقلّد، فهو حقيقة نفوذ لحكم

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۲۸

المجتهد و اتّباع له.

و تدلّ عليه أيضا رواية الغوالى، بل هى تدلّ على نفوذ الحكم و جواز المحاكمة عنده بدون إذن المجتهد أيضا، إلّا أنّها لضعفها الخالى عن الجابر المعلوم- مضافا إلى أعمّيتها من المقبولة و التوقيع- يمنع من العمل بمضمونها وحدها.

و الرابع: ظاهر بعد ثبوت جواز حكمه و عدم وجود نهى فيه.

و يمكن أن يكون بناء الأصحاب- فى مسألة إحضار «۱» الخصم، و قولهم كما يأتى فى بعض الصور: يبعث الحاكم من يحكم بين الخصمين- على ذلك.

و يمكن أن يكون مرادهم: بعث مجتهد آخر، حيث إنّه لمّا ترافع الخصمان إليه يكون هو الأصل.

و يمكن ان يكون مرادهم: القاضى الخاصّ، المنصوب من الإمام، المأذون فى الاستنابة، فتأمّل.

فرع:

قد ظهر ممّا ذكرنا أنّ المحرّم لغير المجتهد هو الحكم بغير ما أنزل اللّه أو بما أنزل اللّه- أى بفتوى مجتهده- بدون إذن المجتهد مع إلزامه المترافعين بما حكم، لكونه إلزاما من غير لزوم، و لكونه إعانة على معصية المترافعين.

و أمّا قوله لهما- بدون إذن المجتهد بعد سماع حكايتهما، من غير قصدهما الترافع إليه، أو قصده جريان الحكم عليه «٢»-: على فلان المدّعى البيّنة مثلا، أو على هذا المنكر اليمين- يعنى: أنّ القاضى يحكم بذلك إذا ترافعتما إليه، من غير حكم لهما بذلك- فلا بأس به.

---

(١) فى «ق»، «س»: إجبار.

(٢) يعنى: أو من غير قصد المقلد جريان الحكم على المدعى أو المنكر.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٢٩

بل و كذا لو قال: عليك البيّنة و عليك الحلف، من غير أن يقصد إلزامهما و إجراء حكمه، أو رفع تخاصمهما بذلك الحكم، أو سماع البيّنة، أو الإحلاف.

بل لو قيل له: أحلف أو استمع البيّنة، يقول: ليس هذا من شأنى و لا بدّ من الرّجوع إلى الحاكم، بل لو سمع البيّنة أيضا لا يقصد الحكم بل الاطلاع بالحال.

فإنّه لا دليل على حرمة شيء من ذلك، و الأصل عدمها، فإنّ هذا ليس حكومة و جلوسا مجلس القضاء، و لا قضاء، و لا ترافعا إليه.

المسألة الخامسة: هل يشترط فى المجتهد الذى ينفذ قضاؤه

أو قضاء مقلّده المأذون منه- لو قيل بجوازه- كونه مجتهدا مطلقا، أم يكفى المتجزّى؟

و هذا البحث ساقط على ما اخترناه من عدم إمكان التجزّى فى الملكة، لأنّهم إن أرادوا التجزّى بذلك المعنى فهو غير ممكن، و إن أرادوا التجزّى الفعلى فبطلان اشتراط عدمه بديهىّ واضح، لعدم إمكان الاجتهاد الفعلىّ المطلق، و عدم تحقّقه.

نعم، يتأتّى هذا الخلاف على القول بتجزّى الاجتهاد بمعنى الملكة، و قد وقع الخلاف فيه عليه. و صرّح بعضهم بكفاية التجزّى، و هو الظاهر من الفاضل فى التحرير، حيث شرط فى القاضى الاجتهاد، و ذكر شرائطه ثمّ قال: و هل يتجزّى الاجتهاد أم لا؟ الأقرب: نعم، و احتجّ له برواية أبى خديجة «١» «٢».

---

(١) الكافى ٧: ٤١٢- ٤، الفقيه ٣: ١- ١، الوسائل ٢٧: ١٣ أبواب صفات القاضى ب ١ ح ٥.

(٢) التحرير ٢: ١٨٠.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٣٠

و الحمل- على إرادة جواز التجزّى فى الاجتهاد دون كفايته فى القضاء- بعيد، بل يمنعه احتجاجه، و قوله بعد ذكر الرواية: نعم، يشترط أن يكون عارفا بجميع ما وليه.

و هذا هو الظاهر من القواعد و الدروس أيضا، بل هو ظاهر النافع و الشرائع أيضا «١».

و حمل قوله فى الأخير: و لا بدّ أن يكون عالما بجميع ما وليه، على الاجتهاد المطلق، كما فى المسالك «٢»، لا وجه له.

و نسب فى الكفاية إلى المشهور «٣» و والدى إلى الأشهر: اشتراط المطلق، و عدم كفاية التجزّى، و جزم الأول به مع تيسّر المطلق، و نفى البعد عن الاكتفاء بالمتجزّى مع فقده، و صرّح الثانى بالتفصيل، فجوّز مع فقد المطلق، و منع مع تيسّره.

و الحقّ هو: الأول، لأنّ المراد المتجزّى، من قدر على استنباط برهة من الأحكام، جامعا لجميع شرائط الاجتهاد فيها، من ردّها إلى مئاخذها المعلوم اعتبارها و حجّيتها عنده بالدليل القطعى، العالم بعدم توقّفها على غيرها، أو ظانّا له ظنّا ثبت عنده اعتباره، إذ لو لم يعلم اعتبار المأخذ و اكتفى فيه بالظنّ، أو ظنّ عدم التوقّف و لم تثبت عنده حجّية هذا الظنّ، لا يجوز عمله اتّفاقا، لامتناع إثبات الظنّ بالظنّ، فلا بدّ من كون ظنّه منتهيا إلى العلم الموجب لقطعه بالحكم كما مرّ، فيكون الحكم معلوما له، فتشمله صحيحتا أبى خديجة، و كذا يشمله التوقيع، و لا مخصّص لهما سوى بعض

---

(۱) القواعد ۲: ۲۰۱، الدروس ۲: ۶۶، النافع ۲: ۲۷۹، الشرائع ۴: ۶۷.

(۲) المسالك ۲: ۳۵۱.

(۳) الكفاية: ۲۶۲.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۳۱

ما استدلّ به للقول الآخر، كما يأتى مع جوابه.

و جعله من باب إثبات الظنّ بالظنّ من الغرائب، لأنّ المتجزّى لا يثبت حجّية ظنّه به، بل يجعل ظنّه علما بما دلّ على حجّية الظنّ الفلانى- كالظنّ الخبرىّ مثلا- له، ثمّ بعد ذلك و بعد إثبات حجّية الأخبار- التى منها هذا الخبر- له بالدليل العلمى يستدلّ بهاتين الصحيحتين على حصول الإذن له فى القضاء.

و لو فرض عدم ثبوت حجيّة ظنّ له علما فلا يقول أحد بحجّية ظنّه له، و كذا لو ثبت ذلك و لكن لم تثبت عنده حجّية هاتين الصحيحتين.

احتجّ لاشتراط المطلق مطلقا بوجوه:

منها:

ما ذكره فى الكفاية من أنّ معرفة الأحكام من الأحاديث يتوقّف فى بعض الأحيان على العرض على القرآن، و على مذاهب العامّة و الخاصّة، و العلوم المعتبرة فى الاجتهاد، فيقتضى الاجتهاد المطلق «۱».

و فيه: أنّ كون هذا اجتهادا مطلقا ممنوع، مع أنّ المفروض إنّما هو إذا علم ما يتوقّف عليه الحكم جميعا، و علم عدم توقّفه على غير ذلك.

و منها:

المقبولة المتضمّنة للجمع المضاف، المفيد للعموم، و به تخصّص الصحيحتان أيضا، لكونها أخصّ مطلقا منهما.

و فيه: أنّ العلم حقيقة فى المعرفة الفعليّة، و تحقّقها بالنسبة إلى جميع الأحكام غير ميسّر، و اشتراطها خلاف الإجماع. و الحمل على قوّة المعرفة مجاز، كما أنّ إرادة البعض من الجمع المضاف أيضا مجاز، و لا مرجّح لأحدهما، فلا يعلم المخصّص.

---

(۱) كفاية الأحكام: ۲۶۱.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۳۲

و منها:

ما قيل من أنّ الدليل على حجّية ظنّ المجتهد هو الإجماع، و الدليل العقلىّ المركّب من بقاء التكليف، و انسداد باب العلم، و انتفاء التكليف بما لا يطاق، المنتج لوجوب العمل بالظنّ.

و شيء منهما لا يجرى فى المتجزّى، أمّا الإجماع فلاختصاصه بالمجتهد المطلق.

و أمّا الـدليل العقلى، فلعدم صـحّة دعواه انسداد باب العلم بالنسـبة إليه، لاحتمال ظهور خلاف ظنّه، و كذا دعواه التكليف بما لا يطاق فى حقّه، إذ فى وسعه تحصيل المعرفة بكلّ المدارك «۱».

أقول:

دعوى انحصار الدليل فيهما واهية، فإنّ لحجّية كلّ من الأدلة الظنّية- كالخبر و الاستصحاب و الكتاب و غيرها- أدلّة منتهية إلى القطع، بالواسطة أو بدونها، و لا ينحصر دليلها فى أنّها تفيد الظنّ و الظنّ حجّة بالإجماع.

على أنّ الإجماع لو كان دليلا لم يثبت حجّية ظنّ المجتهد المطلق بما يفيد شيئا فى هذا الباب، لأنّ القدر الثابت من الإجماع هو حجّية ظنّه فى الجملـة، و أمّـا أنّه أى قـدر و على أىّ حـال فلاـ بل لا يوجـد لظنّه المجمع على اعتباره مصـداق، فإنّ من ظنونه ما يحصل من القياس أو الشهرة أو الإجماع المنقول أو الخبر أو غيرهما، و فى كلّ منها خلاف.

و عدم تخطئتهم للعامل بها إذا قال بحجّيتها لا يجعله إجماعيّا، كما فى سائر المسائل الخلافيّة.

و أمّا ما ذكره فى عدم جريان الدليل العقلىّ فى ظنّ المتجزّى لما مرّ،

---

(۱) انظر الرياض ۲: ۳۸۶.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۳۳

ففيه: أنّ درك انسـداد بـاب العلم فى مسألـة لاـ يتوقّف على القـدرة على اسـتنباط جميـع الأحكـام من مئاخـذها لو سـلّمنا توقّفه على الإحاطة الإجماليّة بجميع المدارك.

و كذا لا مدخليّة لتلك القدرة فى درك حكم كلّ مسألة حتى يمنع إمكان تحصيلها عن التكليف بما لا يطاق.

نعم، يمكن أن يقال: إنّ المقـدّمات الثلاث لا تنتـج للمتجزّى وجوب العمل بالظنّ، لإمكان أن يكون حكمه تقليـد المجتهد المطلق. و لكن مثل هـذا وارد فى المطلق أيضا، لإمكان أن يكون حكمه الاحتياط على أنّ الثابت منه- لو سلّم- حجّية الظنّ فى الجملة، و هو لا يفيد له شيئا.

ثمَّ بمـا ذكرنـا يظهر وجه التفصّـِى عن الإيراد بجواز قضاء المقلّـد المأذون لو قيل بمثل ذلك. على أنّ الإجماع على حجّيـة ظنّ المقلّد الحاصل من فتوى مجتهده منعقد.

احتجّ من فصّل بين وجود المطلق و عدمه بما دلّ على تقديم الأعلم.

و فيه منع كلّ من الصغرى و الكبرى، كما يظهر وجهه ممّا يأتى فى مسألة وجوب تقديم الأعلم.

ثمَّ لا يخفى أنّ مرادنا من المتجزّى الجائز قضاؤه ليس مطلق من يعلم قضـيّة فى واقعـة و لو بإجماع أو ضـرورة، بل من أخذ برهة جمّة من الأحكـام من مأخـذها، لمـا يـدلّ على التخصـيص برواة أحاديثنا، و بمن نظر فى حلالنا و حرامنا، بل قوله فى إحـدى الصـحيحتين: «حلالنا و حرامنا» دالّ على ذلك، و بذلك يخصّص إطلاق الصحيحة الأخرى.

المسألة السادسة: تشترط فيه أيضا- مضافا إلى ما ذكر- أمور:

منها: التكليف، بالبلوغ و العقل

، بالإجماع و الاعتبار فيهما، مضافا فى

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۳۴

الأول إلى التصريح بالرجل فى الصحيحتين، المخصّص لغيرهما ممّا ظاهره العموم، مع أنّ المتبادر من الجميع البالغ العاقل.

و منها: الإيمان

، للإجماع أيضا، و قوله عليه السّلام «منكم» فى إحدى الصحيحتين و فى المقبولة، و ما ورد فى بعض الأخبار من أخذ معالم الدين من الشيعة «۱».

و قد يستدلّ أيضا له بوجوه مدخولة، و إن كانت للتأييد صالحة.

و منها: العدالة

، لما مرّ من الإجماع، و لآية النبإ، و للمروىّ فى الخصال: «فاتّقوا الفاسق من العلماء» «۲».

و المرويّين فى مصباح الشريعة المتقدّمين فى المسألة الرابعة «۳».

و فى تفسير الإمام عليه السّلام فى حديث طويل: «و كذلك عوام أمّتنا إذا عرفوا من فقهائهم الفسق الظاهر، و العصبيّة الشديدة، و التكالب على حطام الدنيا و حرامها، و إهلاك من يتعصّبون عليه و إن كان لإصلاح أمره مستحقّا، و بالترفرف بالبرّ و الإحسان على من تعصّبوا له و إن كان للإذلال و الإهانة مستحقّا، فمن قلّد من عوامنا مثل هؤلاء الفقهاء، فهم مثل اليهود الذين ذمّهم اللّه تعالى بالتقليد لفسقة فقهائهم. فأمّا من كان من الفقهاء صائنا لنفسه، حافظا لدينه، مخالفا على هواه، مطيعا لأمر مولاه، فللعوام أن يقلّدوه، و ذلك لا يكون إلّا بعض فقهاء الشيعة لا جميعهم. فأمّا من ركب من القبائح و الفواحش مراكب فسقة فقهاء العامّة فلا تقبلوا منهم عنّا شيئا و لا كرامة» الحديث «۴».

و المروىّ فى التحرير عن علىّ عليه السّلام أنه قال: «لا ينبغى أن يكون القاضى قاضيا حتى تكون فيه خمس خصال: عفيف، حليم، عالم بما كان

(۱) رجال الكشى ۱: ۷- ۴، الوسائل ۲۷: ۱۵۰ أبواب صفات القاضى ب ۱۱ ح ۴۲.

(۲) الخصال ۱: ۶۹- ۱۰۳.

(۳) فى ص: ۲۵.

(۴) تفسير الحسن العسكرى عليه السّلام: ۲۹۹- ۱۴۳، الوسائل ۲۷: ۱۳۱ أبواب صفات القاضى ب ۱۰ ح ۲۰.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۳۵

قبله، يستشير ذوى الألباب، لا يخاف فى اللّه لومة لائم» «۱»، و الضعف فيها غير ضائر، لما مرّ غير مرّة.

و تؤيّده آية الركون «۲»، و صحيحة سليمان المتقدّمة فى المسألة الثانية «۳»، و عدم حصول الأمن بدونها فى بذل الجهد و عدم الكذب، و اشتراطها فى الشهادة التى هى من فروع القضاء، سيّما مع وجود العلّة الموجبة لاشتراطها فيه بطريق أولى.

و منها: العلم الفعلى بجميع أحكام الواقعة

، و الوجه فيه ظاهر.

و منها: الذكورة

، بالإجماع كما فى المسالك و نهج الحقّ و معتمد الشيعة «۴» و غيرها «۵».

و استشكل بعضهم فى اشتراطه، و هو ضعيف، لاختصاص الصحيحتين بالرجل، فيخصّص بهما غيرهما ممّا يعمّ.

و تدلّ علیه مرسلة الفقیه: «یا معاشر الناس، لا تطیعوا النساء علی حال، و لا تأمنوهنّ علی مال» «۶».

و روایات أبناء نباتة «۷» و أبی المقدام «۸» و كثیر «۹»: «لا تملك المرأة من

---

(۱) التحریر ۲: ۱۸۰.

(۲) هود: ۱۱۳.

(۳) فی ص: ۱۶.

(۴) المسالك ۲: ۳۵۱، نهج الحق: ۵۶۲.

(۵) انظر المفاتیح ۳: ۲۴۶، و كشف اللثام ۲: ۳۲۲، و الریاض ۲: ۳۸۵.

(۶) الفقیه ۳: ۳۶۱- ۱۷۱۳، الوسائل ۲۰: ۱۸۰ أبواب مقدمات النكاح ب ۹۴ ح ۷.

(۷) الكافی ۵: ۵۱۰- ۳، الوسائل ۲۰: ۱۶۹ أبواب مقدمات النكاح ب ۸۷ ح ۲.

(۸) الكافی ۵: ۵۱۰- ۳، نهج البلاغة (محمد عبده) ۳: ۶۳، الوسائل ۲۰: ۱۶۸ أبواب مقدمات النكاح ب ۸۷ ح ۱.

(۹) الكافی ۵: ۵۱۰- ۳، الوسائل ۲۰: ۱۶۸ أبواب مقدمات النكاح ب ۸۷ ح ۱.

مستند الشیعة فی أحكام الشریعة، ج‌۱۷، ص: ۳۶

الأمر ما یجاوز نفسها».

و روایـة الحسین بن المختـار: «اتّقوا شـرار النسـاء، و كونوا من خیـارهنّ علی حـذر، و إن أمرنكم فخـالفوهنّ، كیلا یطمعن منكم فی المنكر» «۱»، و تقربها مرسلتا المطّلب بن زیاد «۲» و عمرو بن عثمان «۳».

و روایة حمّاد بن عمرو الطویلة، و فیها: «یا علیّ، لیس علی النساء جمعة و لا جماعة» إلی أن قال: «و لا تولّی القضاء» «۴».

و روایة جابر عن الباقر علیه السّلام: «و لا تولی المرأة القضاء و لا تولّی الإمارة» «۵».

و فی خبر آخر: «لا یصلح قوم ولتهم امرأة» «۶».

و منها: العلم بالكتابة قراءة و كتبة

، شرطه الشیخ و الحلّی «۷»، و نسبه فی المسالك و الروضة «۸» و غیرهما «۹» إلی الأكثر، و جعله فی السرائر من مقتضیات المذهب، و قیل: إنّه مذهب عامّة المتأخّرین «۱۰».

---

(۱) الكافی ۵: ۵۱۷- ۵، الوسائل ۲۰: ۱۷۹ أبواب مقدمات النكاح ب ۹۴ ح ۲، و فیها: و إن أمرنكم بالمعروف ..

(۲) الكافی ۵: ۵۱۷- ۷، نهج البلاغة ۱: ۱۲۵، الوسائل ۲۰: ۱۷۹ أبواب مقدمات النكاح ب ۹۴ ح ۳.

(۳) الكافی ۵: ۵۱۸- ۱۲، الوسائل ۲۰: ۱۷۹ أبواب مقدمات النكاح ب ۹۴ ح ۵.

(۴) الفقیه ۴: ۲۶۳- ۸۲۳، الوسائل ۲۷: ۱۶ أبواب صفات القاضی ب ۲ ح ۱.

(۵) الخصال ۲: ۵۸۵- ۱۲، الوسائل ۲۰: ۲۲۰ أبواب مقدمات النكاح ب ۱۲۳ ح ۱.

(۶) مسند أحمد ۵: ۴۳، سنن البیهقی ۱۰: ۱۱۸.

(۷) الشیخ فی المبسوط ۸: ۱۲۰، و الحلی فی السرائر ۲: ۱۶۶.

(۸) المسالك ۲: ۳۵۱، الروضة ۳: ۶۸.

(۹) كالریاض ۲: ۳۸۶.

(١٠) كما فى الرياض ٢: ٣٨۶.

و ظاهر النافع و القواعد الخلاف فيه «١»، بل نسبه فى التنقيح إلى قوم «٢».

و نقل فى شرح المفاتيح عن الفاضل و جماعة احتمال العدم.

و صريح المحقّق الأردبيلى و الكفاية التردّد «٣».

و نفى اشتراطه والدى العلّامة فى معتمد الشيعة، و هو المعتمد، للأصل، و الإطلاق.

و دعوى اختصاص المرخّصات فى القضاء بحكم التبادر بعارفى الكتابة ممنوعة.

و استدلّ المشترطون باعتبارات ضعيفة، عمدتها: توقّف الضبط عليها غالبا، و فيه المنع.

نعم، لا يبعد ادّعاء توقّف العلم بالأحكام فى نحو هذه الأزمنة بالنسبة إلى قراءة الكتابة، فلو قيل باشتراطها فيه بالنسبة إلى غير المأذون بخصوصه من المجتهد- لو قلنا بجواز قضائه- لم يكن بعيدا.

و منها: البصر

، قال باشتراطه الشيخ و الإسكافى و ابن سعيد و القاضى و المحقّق و الفاضل فى القواعد و ولده «۴»، و نسبه فى الروضة و الكفاية إلى الأكثر و إن نفاه الثانى «۵».

---

(١) المختصر النافع: ٢٧٩، القواعد ٢: ٢٠١.

(٢) التنقيح ۴: ٢٣۶.

(٣) الكفاية: ٢۶٢.

(۴) الشيخ فى المبسوط ٨: ١٠١، و ابن سعيد فى الجامع للشرائع: ۵٢٢، و القاضى فى المهذب ٢: ۵٩٨، و المحقّق فى الشرائع ۴: ۶٨، و الفاضل فى القواعد ٢:

٢٠١، و ولده فى الإيضاح ۴: ٢٩٨.

(۵) الروضة ٣: ۶٧، الكفاية: ٢۶٢.

و استشكل فى التحرير «١». و نفاه فى معتمد الشيعة، و هو الأصحّ، لما مرّ.

و منها: السمع و اللسان

، شرطهما جماعة «٢»، و الحقّ: العدم، لما سبق.

و منها: الحرّيّة

، ذهب إلى الاشتراط الشيخ و القاضى و ابن سعيد و الكيدرى و الفاضل و الشهيد «٣»، و هو ظاهر ابن حمزة «۴»، و نسبه فى المسالك و الروضة إلى الأكثر «۵».

و اختار المحقّق العدم «۶»، و استقر به فى الكفاية «٧»، و هو الأظهر إذا أذن له المولى.

و منها: طهارة المولد و النطق و غلبة الذكر

، شرطها جماعة، بل فى الروضة و معتمد الشيعة الإجماع على الأول، و نفى الخلاف فى الثانيين «۸»، و الأصل ينفى ما لم يثبت فيه إجماع.

المسألة السابعة: إذا فقد الجامع للشرائط

اشاره

، أو تعسّر الوصول إليه، أو لم ينفذ قضاؤه مطلقا، أو على خصوص المدّعى عليه، أو لم يمكن إثبات الحقّ عنده، فهل يجوز الترافع إلى غيره؟

---

(۱) التحرير ۲: ۱۷۹.

(۲) كالعلّامة و ولده كما فى الإيضاح ۴: ۲۹۹.

(۳) الشيخ فى المبسوط ۸: ۱۰۱، و القاضى فى المهذب ۲: ۵۹۹، و الفاضل فى القواعد ۲: ۲۰۱، و الشهيد فى الدروس ۲: ۶۵.

(۴) الوسيلة: ۲۰۹.

(۵) المسالك ۲: ۳۵۱، الروضة ۳: ۶۷.

(۶) الشرائع ۴: ۶۸.

(۷) الكفاية: ۲۶۲.

(۸) الروضة ۳: ۶۲.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۳۹

ظاهر الأكثر: العدم، و فى الروضة الإجماع عليه «۱».

و نقل الأردبيلى قولا منسوبا إلى ابن فهد بجوازه فى الصورة الاولى، و قال: إنّه وجده فى حاشية الدروس منقولا عن الشيخ حسين بن حسام.

و وجدت إنا أيضا فى حاشية نسخة منه منسوبة إلى مسائل ابن طىّ نسبة هذا القول إلى ابن فهد، و إلى الشهيد فى الحواشى، و اختاره نفسه.

و استقربه بعض المعاصرين «۲»، و جوّزه الشهيد الثانى فى المسالك «۳»، و والدى فى معتمد الشيعة لو توقّف حصول الحقّ عليه، و ظاهرهما الشمول للصور الأربع.

استدلّوا على الجواز بلزوم تعطيل الأحكام لولاه، و بنفى العسر و الحرج.

و فى صورة توقّف وصول الحقّ مطلقا بمفهوم صحيحة أبى بصير:

«أيما رجل كان بينه و بين أخ له مماراة فى حقّ، فدعاه إلى رجل من إخوانه ليحكم بينه و بينه، فأبى إلّا أن يرافعه إلى هؤلاء، كان بمنزلة الذين قال اللّه عزّ و جلّ أ لَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا .. «۴»» «۵».

و إطلاق نفى الضرر، سيّما مع إطلاق رواية البرقى المتقدّمة «۶».

و استشكل فيه: بأنّه إعانة على الإثم، و هى محرّمة.

---

(۱) الروضة ۳: ۶۸.

(۲) المحقّق القمی فی رسالة القضاء (غنائم الأيام: ۶۷۴).

(۳) المسالک ۲: ۳۵۲.

(۴) النساء: ۶۰.

(۵) الكافی ۷: ۴۱۱- ۲، الفقيه ۳: ۳- ۵، التهذيب ۶: ۲۲۰- ۵۱۹، الوسائل ۲۷:

۱۱ أبواب صفات القاضی ب ۱ ح ۲.

(۶) فی ص: ۸.

و ردّ بمعارضة أدلّة حرمة الإعانة مع أدلّة نفی الضرر، فتتساقطان، فيرجع إلى الأصل.

و قد يستدلّ للمنع أيضا بمنطوق الصحيحة المذكورة، و بالروايات الناهية عن الترافع إلى القضاة أو قضاة الجور و الظلم، كصحيحة ابن سنان:

«أيّما مؤمن قدّم مؤمنا فی خصومة إلى قاض أو سلطان جائر فقضى عليه بغير حكم اللّه فقد شرّكه فی الإثم» «۱».

أقول:

لا يخفى ما فی كتب الأصحاب فی أصل المسألة و استدلالهم و جوابهم من الإجمال و المسامحة و القصور.

و بيان ذلک: أنّ الكلام إمّا فی تكليف المترافعين و ما يجوز لهم أو لا يجوز.

أو تكليف من يترافعان أو أحدهما إليه من غير الأهل حينئذ.

أو تكليف سائر الناس- من الحكّام الذين يأتون بعدهم، أو أهل الاقتدار على إجراء الحكم و ردّه- فی ردّ حكم غير الأهل و إجرائه حينئذ.

أو فی حال الحقّ الذی حكم غير الأهل حينئذ لأحدهما إثباتا أو نفيا.

ثمّ على التقادير الأربعة، إمّا يكون مفروض المسألة ما إذا لم يمكن الترافع إلى الأهل، لفقده، أو عسر الوصول إليه.

أو ما إذا لم يمكن التوصّل إلى الحقّ بالترافع إليه، إمّا لعدم نفوذ حكمه، أو لعدم إمكان إثبات الحقّ عنده.

و على التقادير، إمّا يكون نزاع المترافعين للجهل بحكم المسألة، كما إذا اجتمع جدّ و أخ فی الميراث، و طلب كلّ منهما الكلّ زعما منه أنّه

---

(۱) الكافی ۷: ۴۱۱- ۱، الفقيه ۳: ۳- ۴، التهذيب ۶: ۲۱۸- ۵۱۵، الوسائل ۲۷:

۱۱ أبواب صفات القاضی ب ۱ ح ۱.

كذلک.

أو يكون لاختلاف العلماء فی المسألة، كما إذا تنازع الولد الأكبر مع غيره فی الحبوة مجّانا أو غير مجّان، أو الزوجة مع الولد فی الإرث من الأراضی و عدمه، أو الأب مع البنت البالغة فی ولاية العقد و نحوها.

أو يكون لأجل عدم علم المدّعى عليه بالحقّ المدّعى، كما إذا ادّعى أحد حقّا على مورّث الآخر و أجاب هو بعدم العلم، أو عليه بعينه و قال:

لا أدری، أو شيئا فی يده بأنه مسروق منّی، و نحو ذلک، أو يكون لإنكار المدّعى عليه الحقّ.

و على جميع تلك التقادير: إمّا يكون عدم أهليّة غير الأهل الذى يترافعان إليه حينئذ لكونه جاهلا، أى لعدم اجتهاده و لا تقليده فى المسألة.

أو يكون لعدم كونه مجتهدا مع علمه بحكم المسألة تقليدا لمجتهد حىّ يتعسّر الوصول إليه، أو لكونه فاسقا، أو لفقد شرط آخر من شرائط القضاء كالبلوغ أو الذكورة أو البصر- على القول باشتراطه- و نحو ذلك.

و على التقادير: إمّا يكون ذلك الذى لا يتأهّل للقضاء جالسا مجلس الحكم تغلّبا و جورا.

أو لا، بل يكون هناك شخص لا يتولّى القضاء فيريدون أن يترافعوا إليه.

و هذه صور كثيرة تتجاوز عن المائة بل المائتين، و الأدلّة التى ذكروها للجواز على فرض تماميّتها لا تجرى إلّا فى أقلّ قليل من تلك الصور، فلا تفيد لحكم الكلّية.

و التحقيق:

أنّ ما يجوز الاستناد إليه فى ذلك المقام ليس إلّا دليل نفى الضرر، و جواز التوصّل إلى الحقّ بكلّ ما أمكن لانتفاء الضرر أيضا. و هو

لا- يجرى فى تلك الصور، إلّا فى جواز ترافع من يعلم يقينا حقّه ثابتا، و لا يمكنه التوصّل إلّا بذلك، فيجوز له الترافع إلى غير الأهل لنفى الضرر الخالى عن المعارض بالمرّة.

إذ ليس سوى مثل صحيحة ابن سنان المتقدّمة «١». و هى مخصوصة بما إذا حكم بغير حكم اللّه، و المفروض أنّ المدّعى يعلم ثبوت حقّه.

و مثل المقبولة الناهية عن التحاكم إلى السلطان و القضاة، و أنّ ما يحكم به له سحت و لو كان حقّا، فإنّ فيها: عن رجلين من أصحابنا بينهما منازعة فى دين أو ميراث، فتحاكما إلى السلطان، أو إلى القضاة، أ يحلّ ذلك؟ قال: «من تحاكم إليهم فى حقّ أو باطل فإنّما تحاكم إلى الطاغوت، و ما يحكم له فإنّما يأخذ سحتا و إن كان حقّا ثابتا له، لأنّه أخذه بحكم الطاغوت، و قد أمر اللّه أن يكفر به، قال اللّه تعالى يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَ قَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ» قلت: فكيف يصنعان؟ قال:

«ينظران من كان منكم» الحديث «٢».

و هى- مع اختصاصها بمثل السلطان و المتولّين لمنصب القضاء بغير حقّ- ظاهرة فى صورة إمكان الرجوع إلى الأهل و التوصّل به إلى الحقّ، فتبقى صورة العدم و الرجوع إلى غير السلطان و القضاة تحت إطلاق نفى الضرر بلا- معارض، بل و كذلك الرجوع إلى السلطان و القضاة، كما يأتى.

و مثل الصحيحة و المقبولة الآمرة بالرجوع إلى الأهل. و اختصاصها أيضا بصورة الإمكان واضح.

فلا يكون لأدلّة نفى الضرر معارض، إلّا فى صورة عدم علم المترافع

---

(١) فى ص: ٤٠.

(٢) الكافى ١: ٦٧- ١٠، و ج ٧: ٤١٢- ٥، التهذيب ۶: ٢١٨- ٥١٤ و ٣٠١- ٨٤٥، الوسائل ٢٧: ١٣٦ أبواب صفات القاضى ب ١١ ح ١.

إليه بالحقّ للمدّعى، و حكم بالظنون التى لم يثبت اعتبارها فى حقّه، كالبيّنة الغير المفيدة للعلم أو الإحلاف، أو ردّ الحلف، أو الاستصحاب، أو نحوها، فإنّه تعارضها حينئذ أدلّة حرمة المعاونة على الإثم، و لكنّهما يتساقطان، فيبقى أصل الجواز خاليا عن المعارض، و لكنّ الثابت منه ليس إلّا الجواز للمدّعى العالم بالحقّ.

و أمّا المترافع إليه، فلا يجوز له قبول المحاكمة أصلا، إلّا إذا علم هو أيضا ثبوت الحقّ له علما واقعيّا، لا بمثل البيّنة و الإحلاف، لأنّه ما

لم يعلم واقعا ثبوت الحقّ له لا يعلم ضررا عليه، و لا منكرا من المدّعى عليه، حتى تجرى فى حقّه أدلّة نفى الضرر، أو وجوب النهى عن المنكر، فلا يجوز له الحكم بالظنون التى تجوز للأهل كالبيّنة و الاستصحاب و اليمين و نحوها.

نعم، لو علم ذلك يجوز له من باب النهى عن المنكر أيضا، كجواز ترافع المدّعى.

و يحلّ للمدّعى العالم بالحقّ أخذ ما أخذ بحكمه، و لكن لا يثبت حينئذ قضاء شرعيّا يجب على سائر الحكّام بعده إنفاذه، و لا على المقتدرين على الإجراء إجراءه، لأنّهم أيضا لو علموا بالحقّ كعلمه لكان واجبا على أنفسهم من باب النهى عن المنكر، و إن لم يعلموا فمن أين يعلمون حقّية حكمه، و جريان أدلّة نفى الضرر و النهى عن المنكر فى حقّه حتى يجب عليهم إنفاذه؟! بل يكون مثل ما إذا كان مال من مورّث عند شخص و سمع ذلك الشخص وحده إقرار المورّث بأنّه مال زيد، فإنّه يجوز له إعطاؤه إيّاه، و لكن لو ادّعى الوارث عليه تسمع دعواه، و لا يجب على الحكّام قبول قوله.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۴

و ظهر من ذلك أنّ الجائز من تلك الصور المتكثّرة هذه الصورة فقط، فإنّها جائزة حتى بالرجوع إلى السلاطين الجابرة و قضاة الجور.

و المقبولة المتقدّمة و إن كانت من جهة التعليل المذكور فيها عامّة لصورة إمكان الأهل و عدمه، و لكن تعارضها أدلّة نفى الضرر بالعموم من وجه، فيرجع إلى أصل الجواز.

و يمكن إخراج صورة أخرى أيضا بأدلّة وجوب النهى عن المنكر، و هو: ما إذا كان مجتهد حيّ واحد تعذّر أو تعسّر الوصول إليه، أو مجتهدان أو أكثر كذلك، متّفقان فى المسألة المتنازع فيها، و كانت المسألة ممّا يجب بناء الأمر على التقليد فيها، فيجوز للمقلّد العادل العالم برأى المجتهد الحيّ الحكم بمقتضى فتواه من باب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر.

كما إذا تحقّق عشرة أرضعه بين صبىّ و صبيّة، ثمّ تزوّج الصبىّ بالصبيّة بعد البلوغ، ثمّ تنازعا، و كان المجتهد أو المجتهدون الأحياء المتعسّر الوصول إليهم متّفقين فى نشر الحرمة بالعشر و عدمه. و كذلك إذا وقع نكاح البالغة الباكرة بإذن الولىّ «۱» و تنازع الزوجان، و أمثال ذلك، فتأمّل.

فرع: لو ترافعا إلى غير الأهل

حيث يحرم، فحكم، فهل يجوز قبول حكمه، أم يجب الرّد إن أمكن؟ فيه تفصيل.

و هو: أنّه إذا حكم، فإن كان المحكوم به ممّا يباح برضى المحكوم عليه، فلا بأس له فى العمل بمقتضى حكمه إن رضى، للأصل، إلّا أنّ العمل ليس حينئذ بالحكم.

---

(۱) يعنى بإذن الولى من دون إذنها و رضاها.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۵

و إن لم يكن كذلك، بل كان منوطا بالشرع- كالحلف و النكاح و الطلاق و أمثالها- فلا يجوز.

نعم، إذا حكم فى مثله و علم المحكوم عليه مطابقته للواقع فيما هو من باب الفتوى، فيجب عليه العمل بمقتضاه، لأجل ذلك.

هذا بالنسبة إلى المحكوم عليه.

و أمّا المحكوم له، فإن كان المحكوم به من الثانى لم تجز متابعته أصلا.

و إن كان من الأول جاز عمله بمقتضاه إن رضى المحكوم عليه، و إلّا فلا، سواء كان حقّا أم لم يكن.

أمّا الثانى فظاهر. و أمّا الأول فللمقبولة، و قد ادّعى والدى العلّامة- طاب ثراه- فى معتمد الشيعة الإجماع عليه.

و لا- تنافيه موثّقة ابن فضّال- و فيها: ثمّ كتب تحته: «هو أن يعلم الرجل أنّه ظالم فيحكم له القاضى، فهو غير معذور فى أخذ ذلك الذى حكم له إذا كان قد علم أنّه ظالم» «۱»، حيث دلّت بالمفهوم أنّه معذور إذا لم يعلم أنّه ظالم- لعموم القاضى فيها، فيجب حمله على أهله.

و لكنّ الحكم فى المقبولة مختصّ بما إذا تحاكما إلى الطاغوت، و لدلالته على المبالغة يختصّ بغير الأهل الذى جعل الحكم منصبا له- كالسلاطين و القضاة و أمثالهم- فالتعدّى إلى من حكم نادرا و لم يجعل الحكم لنفسه منصبا غير معلوم، مع أنّ مقتضى الأصل حلّيّته لكونه حقّا له.

و التعدّى لاشتراك العلّة قياس باطل.

---

(۱) التهذيب ۶: ۲۱۹- ۵۱۸، الوسائل ۲۷: ۱۵ أبواب صفات القاضى ب ۱ ح ۹.

و لا فرق فى ذلك بين طواغيت المخالفين و الموافقين، للإطلاقات.

المسألة الثامنة: إذا كان مجتهدان متساويان، فالرعيّة بالخيار فيهما

فى الترافع إليهما، لبطلان الترجيح بلا مرجّح.

و لو تفاوتا فى العلم، فهل يتعيّن الأعلم، أم لا؟

قال فى المسالك و المفاتيح: فيه قولان، مبنيّان على وجوب تقليد الأعلم و عدمه «۱».

قال فى التحرير: يكون الخيار للمدّعى مع التعدّد مطلقا.

ثمّ قال: و لو تراضيا بالفقيهين و اختلف الفقيهان نفذ حكم الأعلم الأزهد «۲».

و ذهب جماعة إلى الأول، بل هو الأشهر كما فى المسالك «۳»، و بعضهم نفى الخلاف عنه عندنا، و نقل المحقّق الأردبيلى أنّه قد ادّعى الإجماع عليه، و نقل منع الإجماع أيضا، و قال: و يشعر بعدم الإجماع كلام الفاضل فى نهاية الأصول.

و فى المسالك: إجماع الصحابة على جواز تقليد المفضول مع وجود الأفضل، و اختاره المحقّق «۴»، و ظاهر الأردبيلى الميل إليه، كما أنّ ظاهر المسالك التردّد «۵».

و الحقّ هو:

الجواز و خيار الرعيّة مطلقا، للأصل، و الإطلاقات، و يؤيّده إفتاء الصحابة مع اشتهارهم بالاختلاف فى الأفضليّة، و عدم الإنكار

---

(۱) المسالك ۲: ۳۵۳، المفاتيح ۳: ۲۴۷.

(۲) التحرير ۲: ۱۸۱.

(۳) المسالك ۲: ۳۵۳.

(۴) الشرائع ۴: ۶۹.

(۵) المسالك ۲: ۳۵۳.

عليهم.

احتجّ القائلون بوجوب تقديم الأعلم بأنّ الظنّ بقوله أقوى، و الأقوى أحرى بالاتّباع.

لأنّ أقوال المفتى كالأدلّة للمقلّد، و يجب اتّباع أقواها.

و لأنّه أرجح، فاتّباعه أولى، بل متعيّن.

و لما بنى عليه أصول مذهبنا من قبح تقديم المفضول على الأفضل.

و للأخبار، منها: المقبولة: قلت: فإن كان كلّ واحد منهما اختار رجلا و كلاهما اختلف فى حديثنا؟ قال: «الحكم ما حكم به أعدلهما و أفقههما و أصدقهما فى الحديث و أورعهما، و لا يلتفت إلى ما يحكم به الآخر» (۱).

و رواية ابن الحصين: فى رجلين اتّفقا على عدلين جعلاهما بينهما.

فى حكم وقع بينهما فيه خلاف، فرضيا بالعدلين، و اختلف العدلان بينهما، عن قول أيّهما يمضى الحكم؟ فقال: «ينظر إلى أفقههما و أعلمهما بأحاديثنا و أورعهما فلينفذ حكمه، و لا يلتفت إلى الآخر» (۲).

و رواية النميرى: سئل عن رجل يكون بينه و بين أخ له منازعة فى حقّ، فيتّفقان على رجلين يكونان بينهما، فحكما فاختلفا فيما حكما، قال: «و كيف يختلفان؟» قلت: حكم كلّ واحد منهما للذى اختاره الخصمان، فقال: «ينظر إلى أعدلهما و أفقههما فى دين اللّه فيمضى

---

(۱) الكافى ۱: ۶۷- ۱۰، الفقيه ۳: ۵- ۱۸، التهذيب ۶: ۳۰۱- ۸۴۵، الاحتجاج ۲: ۳۵۶، الوسائل ۲۷: ۱۰۶ أبواب صفات القاضى ب ۹ ح ۱.

(۲) الفقيه ۳: ۵- ۱۷، التهذيب ۶: ۳۰۱- ۸۴۳، الوسائل ۲۷: ۱۱۳ أبواب صفات القاضى ب ۹ ح ۱۰.

حكمه» (۱).

و الجواب عن الأول، أمّا أولا:

فبأنّه إنّما يتمّ على القول بأنّ متابعة المقلّد لقول مجتهده لأجل أنّه محصّل للظنّ بالواقع، و هو ممنوع، لجواز أن يكون هذا حكما آخر نائبا مناب الحكم الواقعى و إن لم يحصل الظنّ به، كالتقيّة و شهادة الشاهدين و اليمين.

و لو كان بناء القضاء على الظنون لزم عدم سماع دعوى كنّاس على مجتهد أنه آجره للكناسة، و دعوى شرّير متغلّب على مجتهد عادل فى دراهم، و لزم أن يقضى بالشاهد الواحد إذا كان مفيدا للظنّ، سيّما إذا كان المدّعى معروفا بالصلاح و السداد، و المدّعى عليه بخلافه.

و حينئذ، فلا دليل على اعتبار الأقوى، بل لا معنى للأقوى و الأقرب و الأرجح.

و أمّا ثانيا:

فلمنع إطلاق كون الظنّ بقوله أقوى، إذ مع موافقة قول غير الأعلم لقول مجتهد آخر حيّ أو ميّت يزعمه الرعيّة أعلم- بل مع احتمالها- كيف يكون الظنّ من قول الأعلم أقوى؟! و أيضا قد يتمكّن غير الأعلم من الأسباب ما لا يتمكّن منها الأعلم، فيكون الظنّ الحاصل من قوله أقوى.

و أمّا ثالثا:

فلمنع وجوب تقديم الأقوى، غاية الأمر: الرجحان.

و من هذا يظهر جواب الثانى أيضا.

و عن الثالث:

بأنّه قياس للقضاء و الفتوى على الإمامة، فإنّ قبح تقديم المفضول فى أصول مذهبنا فى الأخير، و القياس باطل.

(١) التهذيب ٦: ٣٠١- ٨۴۴، الوسائل ٢٧: ١٢٣ أبواب صفات القاضى ب ٩ ح ۴۵.

مع أنّه مع الفارق، كما صرّح به المحقّق الأردبيلى، قال: لأنّ الإمامة كالنبوّة فى الاتّباع المحض له و التفويض إليه بالكلّية، و يحكم بالعلم البديهى و يحتاج إلى علم إلهى فى جميع الأمور، و منشأ الفتوى و الحكم النصّ المستفاد عن بعض القرائن، و قد يفرض وصول مفضول إلى الحقّ دون الفاضل، و لا محذور فيه، و لا يمكن ذلك فى أصل الإمامة و النبوّة، فإنّ المدار هنا على العلم الحقّ، و لهذا جوّز إمامة المفضول للفاضل فى الصلاة، و جوّز للإمام نصب القاضى من غير اشتراط تعذّر الوصول إليه.

و عن الرابع:

بأنّ الأخبار مختصّة بما إذا اختار كلّ من المترافعين مجتهدا، أو ترافعا إلى مجتهدين فاختلفا، فلا يمنع من جواز اختيارهما غير الأعلم، أو من إمضاء حكمه بعد ترافعهما إليه و حكمه، لو رجع أحدهما، مع أنّها تدلّ على اشتراط الأورعيّة أو الأعدليّة فى تقديم الأعلم أيضا، فلا يثبت مطلقا.

و القول: بأنّ أصل العدالة الحاجزة عن المسامحة أو الكذب حاصل لهما، فلا اعتبار بزيادة العدالة.

اجتهاد فى مقابلة النّص، و معارض بأنّ أصل العلم الموجب لفهم الأحكام حاصل لهما، فلا وجه لاعتبار الزيادة إلّا تقوية الظنّ لقوّة فهمه، و هى أيضا متحقّقة فى اعتبار الأعدليّة من جهة تقوية الظنّ فى بذل غاية جهده، و استفراغ وسعه، و إخباره برأيه، و عدم الميل فى الأحكام و لو مع البواعث القويّة.

مع أنّ الوارد فى المقبولة الاختلاف فى الحديث، و لا شكّ أنّ مدخليّة الأعدليّة و الأصدقيّة فى الترجيح حينئذ أكثر من الأعلميّة.

و ظهر ممّا ذكرنا: أنّ الحقّ اختصاص ترجيح الأعلم بمورد النصوص، و هو ما إذا اختلف المترافعان أولا فى الاختيار كما فى المقبولة، أو اتّفقا على رجلين فاختلفا كما فى الروايتين- كما هو ظاهر الفاضل فى التحرير «١»- و أنّ اللّازم ترجيحه حينئذ أيضا هو الأعلم و الأعدل معا، فلو فضل أحدهما فى أحدهما و تساويا فى الآخر أو رجح الآخر فى الآخر فلا يجب الترجيح.

ثمّ المراد بالأعلميّة و الأعدليّة: الزيادة الظاهرة الكثيرة، و لا اعتبار باليسير منها، لعدم اتّفاق التساوى الحقيقى غالبا.

و المراد بالأعلميّة: الأعلميّة فى الأحاديث، و فى دين اللّه- كما فى الروايتين- فلا اعتبار بالأعلميّة فى العلوم الأخر، كالطبيعى و الرياضى و الطبّ، بل الكلام، و لو باعتبار بعض مسائلها المعيّنة فى الأحكام، لعدم إيجاب ذلك الأعلميّة فى الأحاديث و فى دين اللّه.

و الأعلميّة فى الأحاديث تكون تارة: بأكثريّة الإحاطة بها، و الاطّلاع عليها.

و اخرى: بالأفهميّة لها، و أدقّية النظر، و أكثريّة الغور فيها.

و ثالثة: بزيادة المهارة فى استخراج الفروع منها، و ردّ الجزئيّات إلى كلّياتها.

و رابعة: بزيادة المعرفة بصحيحها و سقيمها و أحوال رجالها، و فهم وجوه الخلل فيها.

و خامسة: بأكثريّة الاطّلاع على ما يتوقّف فهم الأخبار عليها من علم اللغة و قواعد العربيّة و النحو و الصرف و البديع و البيان و نحوها.

(١) التحرير ٢: ١٨١.

و سادسة: باستقامة السليقة، و وقادة الذهن، و حسن الفهم فيها، كما أشار إليه فى بعض الأخبار المتقدّمة بقوله: «و حسن الاختيار».

و سابعة: بأكثريّة الاطّلاع على أقوال الفقهاء التى هى كالقرائن فى فهم الأخبار، و مواقع الإجماعات، و أقوال العامّة التى هى من

المرجّحات عند التعارض، و فى فهم القرآن الذى هو أيضا كذلك.

و الأعلم الذى يمكن الحكم الصريح بوجوب تقديمه هو: الأعلم بجميع تلك المراتب، أو فى بعضها مع التساوى فى البواقى. و إلّا فيشكل الحكم بالتقديم.

و من ذلك تظهر ندرة ما يحكم فيه بوجوب التقديم البتّة، و اللّه سبحانه العالم.

المسألة التاسعة: إذا كان هناك مجتهدان أو أكثر يتخيّر فيهما الرعيّة

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة ج١٧ ٥١ المسألة التاسعة: إذا كان هناك مجتهدان أو أكثر يتخير فيهما الرعية ..... ص : ٥١

فالحكم لمن اختاره المدّعى، و هو المتّبع إجماعا، له، و لأنّه المطالب بالحقّ و لا حقّ لغيره أولا، فمن طلب منه المدّعى استنقاذ حقّه يجب عليه الفحص، فيجب اتّباعه، و لا وجوب لغيره، و هذا ممّا لا إشكال فيه.

و إنّما الإشكال إذا كان كلّ منهما مدّعيا من وجه، كما إذا اختلف رجلان فى امرأة باكرة رشيدة زوّجت نفسها لأحدهما، و زوّجها أبوها للآخر، و لم تكن تحت يد أحدهما.

و كما إذا اختلف أكبر الذكور مع غيره فيما ليس فى يد أحدهما ممّا اختلف الفقهاء فى أحبائه أم لا.

و كما إذا ادّعى مدّعيان شيئا فى يد ثالث معترف بأنّه من أحدهما، و نحو ذلك.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٥٢

و إنّما قيّدنا فى المثال الأول بقولنا: و لم تكن تحت يد أحدهما، و فى المثال الثانى: بما ليس فى يد أحدهما، و كذلك الثالث، لأنّه مع كونه فى يد أحدهما يكون الآخر هو المدّعى، و يقدّم من قدّمه.

ثمّ إنّا بيّنا المقدّم من الحاكمين فى مثل ذلك فى مسألة الاختلاف فى الحبوة من كتاب الفرائض، و أنّه هو الأعلم و الأعدل مع اختلاف الحاكمين فى الوصفين، تبعا للحكم بتقديمه فى الروايات المتقدّمة.

و أنّه يقدّم من سبق إليه أحد المدّعيين فحكم «١»، لأنّه حاكم حكم بحكم لمطالب ذى حقّ فيجب اتّباعه و إمضاؤه، و يحرم الردّ عليه و نقض حكمه، و الرادّ عليه كالرادّ على اللّه، و المستخفّ بحكمه كالمستخفّ بحكم الإمام، كما فى المقبولة.

و لو استبق كلّ منهما إلى حاكم، فإن سبق أحدهما بالحكم فيقدّم حكمه.

و إن أحضر كلّ من الحاكمين غريم من ترافع إليه، فإن أجاب أحد الخصمين دعوة حاكم خصمه فالحكم حكمه.

و إن أبى كلّ إلّا حكم حاكمه، فإن سبق أحد الحاكمين على الحكم بالغائب فهو المتّبع.

و إن لم يسبق- إمّا لعدم كون رأيهما الحكم على الغائب، أو لاشتباه السابق منهما و عدم إمكان التعيين، أو لاتّفاق التقارن فى الحكم- فيشكل الأمر.

و الظاهر فى غير الأخير الرجوع إلى القرعة، لأنّها لكلّ أمر مجهول.

---

(١) فى «س»: ليحكم.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٥٣

و فى الأخير عدم نفوذ شىء من الحكمين، لعدم ثبوت نفوذ مثل ذلك.

المسألة العاشرة: ثبوت الاجتهاد

- بالعلم الحاصل من الاستفاضة العلميّة، و القرائن المفيدة للعلم، و المخالطة الموجبة له لمن له رتبة فهمه- واضح.

و بالاستفاضة الظنّية- بل بمطلق الظنّ- محلّ الخلاف. و الأقوى عدم الثبوت، وفاقا للمعارج و الذّريعة و المعالم و الوافية و معتمد الشيعة و تجريد الأصول لوالدى «۱»، بل الأكثر كما قيل: للأصل، و الظواهر الناهية عن اتّباع الظنّ.

و خلافا للفاضل فى التهذيب، فقال بكفاية غلبة الظنّ، و حكى عن مبادئه و نهايته أيضا «۲»، و عن شرح المبادى لفخر المحقّقين و المنية للعميدى و الذكرى و الروضة و الجعفريّة و المقاصد العليّة «۳»، و بعض من عاصرناه.

لإطلاق آية السؤال «۴».

و لعدم وسيلة للمقلّد إلى تحصيل العلم بالاجتهاد.

و للزوم العسر و الحرج لولاه.

و لأصالة عدم لزوم تحصيل العلم و عدم وجوب الرجوع إلى المعلوم اجتهاده.

و لعدم ثبوت اشتغال الذمّة بالرجوع إلى من ظنّ اجتهاده.

---

(۱) معارج الأصول: ۲۰۱، الذريعة ۲: ۸۰۱، معالم الأصول: ۲۳۹.

(۲) مبادى الوصول: ۲۴۷.

(۳) الذكرى: ۳، الروضة ۳: ۶۷.

(۴) النحل: ۴۳.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۵۴

و يضعّف الأول: بمنع شمول إطلاق الآية لمن ظنّ اجتهاده، فإنّ كون من ظنّ أنّه من أهل الذكر من أهله غير ثابت.

و الثانى: بأنّ العامّى و إن لم يتمكّن بنفسه و اختباره «۱» من تحصيل العلم، و لكنّه يتمكّن من تحصيله من الاستفاضة و الأخبار المحفوفة بالقرائن المفيدة للقطع، كيف؟! و إنّا نرى العوام و المقلّدين مع كثرتهم و عدم حصرهم جازمين قاطعين باجتهاد جمع من مجتهدى عصرنا من المشايخ بحيث لا يرتابون فيه أصلا، بل و كذا باجتهاد جمع من المجتهدين الماضين، و ذلك أقوى تضعيف لذلك الدليل.

و لو سلّمنا عدم إمكان تحصيله العلم، فهو أيضا غير ضائر بعد حجّية الظنّ المخصوص له، كشهادة العدلين.

و منه يعلم ضعف الثالث أيضا. مع أنّه إن فرض تعسّر تحصيل المجتهد المعلوم اجتهاده فنقول: إن حصّله يرجع إليه، و إلّا فعليه ما عليه لو لا المظنون اجتهاده أيضا.

و الرابع: بمعارضته مع أصول أخر أقوى ممّا ذكر و مزيله له.

و منه يعلم ضعف الخامس أيضا، فإنّ ذلك إنّما يفيد لو لم يعارضه أصل آخر و ثبت من أدلّة التقليد جواز الرجوع إلى القدر المشترك.

نعم، يستثنى من الظنّ المنهىّ عن اتّباعه هنا شهادة العدلين، بل من غير ملاحظة إفادة الظنّ أيضا لو لم يظنّ خلافها، وفاقا للمحكى عن المعالم و المقاصد العلّية و معتمد الشيعة و التجريد «۲»، لأصالة قبول شهادة العدلين

---

(۱) فى «ح»: و اختياره.

(۲) معالم الأصول: ۲۳۹.

مستند الشیعة فی أحکام الشریعة، ج‌۱۷، ص: ۵۵

و حجّیتها، کما بیّناها مفصّلا فی کتاب عوائد الأیّام «۱».

و یدلّ علیها قول الصادق علیه السّلام- فی صحیحة حریز- لابنه إسماعیل:

«فإذا شهد عندک المؤمنون فصدّقهم» «۲».

و إطلاق مثل روایة السکونی: «إنّ شهادة الأخ لأخیه تجوز إذا کان مرضیّا و معه شاهد آخر» «۳».

و صحیحة عمّار: «إذا کان خیّرا جازت شهادته لأبیه، و الأب لابنه، و الأخ لأخیه» «۴»، و غیر ذلک. و کونه فی مقام بیان حکم آخر لا یضرّ، کما بیّناه فی موضعه.

و مرسلة یونس: «استخراج الحقوق بأربعة وجوه: بشهادة رجلین عدلین» الحدیث «۵».

فإنّ ولایة الاجتهاد أیضا حقّ ثابت من اللّه و من حججه للمجتهد.

خلافا للمحکیّ عن الذریعة و المعارج و الجعفریّة و الوافیة «۶»، للأصل المندفع بما مرّ.

و هل یشترط کون العدلین مجتهدین، أم لا؟

الظاهر: نعم، بمعنی: کونهما مقتدرین علی الترجیح فی الجملة فی

---

(۱) عوائد الأیام: ۲۷۳.

(۲) الکافی ۵: ۲۹۹- ۱، الوسائل ۱۹: ۸۲ أبواب أحکام الودیعة ب ۶ ح ۱.

(۳) التهذیب ۶: ۲۸۶- ۷۹۰، الوسائل ۲۷: ۳۶۸ أبواب الشهادات ب ۲۶ ح ۵.

(۴) الکافی ۷: ۳۹۳- ۴، الفقیه ۳: ۲۶- ۷۰، التهذیب ۶: ۲۴۸- ۶۳۱، الوسائل ۲۷: ۳۶۷ أبواب الشهادات ب ۲۶ ح ۲.

(۵) الکافی ۷: ۴۱۶- ۳، التهذیب ۶: ۲۳۱- ۵۶۲، الوسائل ۲۷: ۲۴۱ أبواب کیفیة الحکم ب ۷ ح ۴.

(۶) الذریعة ۲: ۸۰۱، معارج الأصول: ۲۰۱.

مستند الشیعة فی أحکام الشریعة، ج‌۱۷، ص: ۵۶

المسائل الشرعیّة، بناء علی ما سیأتی فی بحث الشهادات، و ذکرناه فی العوائد «۱»، من أنّ الشهادة المقبولة إنّما هی المستندة إلی الحسّ عرفا، و المحسوس فیما نحن فیه هو مشاهدة ترجیحاته المطابقة للقواعد و ملاحظتها، و لا یتمکّن غیر المجتهد من فهم المطابقة و الصحّة، إذ کلّ من یدرک ذلک فهو مجتهد. و قیاس الاجتهاد علی النظم- حیث إنّ لغیر الشاعر درک موزونیّة الشعر- باطل.

نعم، یکفی للشاهد کونه متجزّیا، بل یکفی کونه مدرکا لصحّة الترجیح الموقوف علی تمکّنه من الترجیح، و إن لم یتکرّر ذلک منه بعد، بحیث تحصل له الملکة الحاصلة بتکرّر الترجیحات و القوّة القدسیّة، فتأمّل.

و إن شئت قلت باشتراط کونهما عالمین بمقدّمات الاجتهاد، مشرفین علی حصول الاجتهاد بمعنی الملکة، و لکن فهم ذلک علی العوام مشکل.

---

(۱) عوائد الأیام: ۲۷۳.

مستند الشیعة فی أحکام الشریعة، ج‌۱۷، ص: ۵۷

البحث الثانی فی آداب القاضی و وظائفه

اشاره

اعلم أنّهم ذكروا آدابا كثیرة و وظائف عدیدة للقاضی، بعضها یتعلق بالنائب الخاصّ، و بعضها مشترك بینه و بین العامّ، و لعدم ترتّب فائدة علی الأول نقتصر ها هنا علی الثانی.

ثمَّ الآداب المشتركة علی قسمین:

أحدهما: ما هو أدب و وظیفة لمن اتّخذ القضاء شغلا و منصبا، و صار علما بذلك مرجعا للأنام، و جلس مجلس الحكومة، و تشمّر لتلك الرئاسة العامّة، فتولّی ذلك الشغل الخطیر، و تكفّل لذلك المهمّ العظیم، و اتّخذه الرعیّة حاكما و قاضیا، و عرف بذلك، إمّا لأجل نصب الإمام له بخصوصه، أو للوجوب العینیّ أو الكفائیّ له فی زمان الغیبة.

و الثانی: ما هو أدب و وظیفة لمطلق الحكم، و لو لمن لم یعرفه الناس، و اتّفق له أن یحكم حكما واحدا.

فما كان من الأول یكون آداب المنصب و الرئاسة، و الثانی آداب الحكم و لو كان واحدا.

و مثل الفریقین مثل أئمّة الجماعات، فإنّ منهم من اتّخذ الإمامة دیدنا، و فرّغ نفسه لها فی جمیع الأوقات أو أكثرها، و منهم من لیس كذلك و إن ائتمّ به من یعرفه بالعدالة مرّة أو مرّات.

و یمكن أن یكون نظر كثیر من الأصحاب- حیث قرّروا عنوانین،

مستند الشیعة فی أحكام الشریعة، ج١٧، ص: ٥٨

أحدهما لآداب القاضی، و الثانی لوظائف الحكم- إلی ذلك أیضا، و إن أدخل بعضهم بعضا من كلّ منهما فی الآخر، و نحن أیضا نذكرهما فی عنوانین و إن دخل بعض من الثانی فی الأول، لأنّ الأمر فیه سهل.

فلنذكر ها هنا ما یتعلّق بالأول، و نذكر الباقی فی بحث وظائف الحكم، و نورد ما یتعلّق بالأول فی طیّ مسائل:

المسألة الأولی: ینبغی له أن یستحضر حكمه أهل العلم،

و یشاورهم، و یناظرهم، لا لتقلیدهم، بل لینبّهوه علی الخطأ إن وقع منه سهوا و غفلة، و یستوضح منهم ما عسی أن یشكل علیه.

و منه یظهر أنّه لا ینحصر من ینبغی إحضاره بالمجتهدین، إذ یجوز لغیر المجتهد تنبیه المجتهد إذا نسی أو غفل، فإنّه قد یعرف المفضول ما لا یعرفه الفاضل، و یتنبّه التلمیذ لما لا یتنبّه له الأستاذ. فما فی المسالك- من أنّ المراد من أهل العلم المجتهد- لیس بجیّد.

و أن یجمع ما یتعلّق بكلّ یوم و أسبوع و شهر و سنة من القضایا و وثائقها و حججها، و یكتب علیها تأریخها و أسامی أهلها، فإن اجتمع كلّ شهر كتب علیه شهر كذا، أو سنة فسنة كذا، أو یوم فیوم كذا، لیكون أسهل علیه و علی من بعده من الحكّام فی استخراج المطلوب منها وقت الحاجة.

المسألة الثانیة: ینبغی له أن یتّخذ كاتبا

، لمسیس الحاجة، و عمل النبیّ صلّی اللّه علیه و آله و خلفائه.

و یشترط كونه: بالغا، عاقلا، مسلما، عدلا، بصیرا، لیؤمن من خیانته و انخداعه.

مستند الشیعة فی أحكام الشریعة، ج١٧، ص: ٥٩

و یستحبّ كونه: فقیها، جیّد الخطّ، عفیفا من الطمع، لئلّا ینخدع عن غیره بمال و مثله.

و ينبغی أن يجلس بين يديه ليملی عليه و يشاهد ما يكتب.

المسألة الثالثة: القضاء فی المسجد مكروه مطلقا

، وفاقا للأكثر كما فی معتمد الشيعة، لمرسلة ابن أسباط: «جنّبوا مساجدكم الشری، و البيع، و المجانين، و الصبيان، و الأحكام، و الضالّة، و الحدود، و رفع الصوت» «۱».

و مرسلة الفقيه: «جنّبوا مساجدكم صبيانكم، و مجانينكم، و رفع أصواتكم، و شراءكم، و بيعكم، و الضالّة، و الحدود، و الأحكام» «۲».

و الاستدلال بالنبویّ: «جنّبوا مساجدكم صبيانكم، و مجانينكم، و خصوماتكم» «۳» منظور فيه.

و قيل باستحبابه كذلك «۴»، لأنّ المسجد للذكر، و منه القضاء، و لكونه أفضل الأعمال اللّائق بأشرف البقاع.

و قيل بالإباحة كذلك «۵»، للأصل، و فعل علیّ عليه السّلام، حتی أنّ دكّة قضائه مشهورة.

و قيل بكراهة الدائم دون غيره، جمعا بين أدلّة المنع و الجواز «۶».

و الجواب:

أمّا عن أول دليلی الاستحباب: فيمنع كون المسجد لمطلق

---

(۱) التهذيب ۳: ۲۴۹- ۶۸۲، علل الشرائع: ۳۱۹- ۲، الخصال: ۴۱۰- ۱۳، الوسائل ۵: ۲۳۳ أبواب أحكام المساجد ب ۲۷ ح ۱.

(۲) الفقيه ۱: ۱۵۴- ۷۱۶، الوسائل ۵: ۲۳۴ أبواب أحكام المساجد ب ۲۷ ح ۴.

(۳) سنن ابن ماجه ۱: ۲۴۷- ۷۵۰.

(۴) كما فی المراسم: ۶۵۶.

(۵) كما فی التنقيح ۴: ۲۴۱.

(۶) كما فی الدروس ۲: ۷۳.

مستند الشيعة فی أحكام الشريعة، ج‌۱۷، ص: ۶۰

الذكر، بل فی رواية جعفر بن إبراهيم: «إنّما نصبت المساجد للقرآن» «۱».

سلّمنا، و لكن كون القضاء ذكرا ممنوع.

و أمّا عن ثانيهما: فبأنّه اجتهاد فی مقابلة النصّ.

و أمّا عن دليلی الإباحة: فباندفاع الأصل بما مرّ، و عدم ثبوت فعل علیّ عليه السّلام. و اشتهار الدكّة لا يثبته، لمنع ثبوتها أولا، و كونها دكّة قضاء علی عليه السّلام ثانيا، و كونها من المسجد فی الصدر الأول ثالثا.

و أمّا عن دليل التفصيل: فبأنّ المراد بأدلّة الجواز إن كان أدلّة جواز القضاء فی المسجد فلا دليل، و إن كان أدلّة جوازه مطلقا فالجمع بالتخصيص متعيّن كما هو القاعدة، مع أنّ هذا الجمع لا شاهد له.

فإن قيل:

وجوب القضاء فوریّ، و هو مناف لكراهيّته.

قلنا:

الثابت الفوريّة العرفيّة دون الحقيقيّة، فيخرج عن المسجد و يقضی.

المسألة الرابعة: قالوا: يكره له اتخاذ الحاجب

. و المراد به: ما يمنع من وصول المتخاصمين إليه مطلقا.

للنبيّ: «من ولى شيئا من أمور الناس فاحتجب دون حاجتهم و فاقتهم احتجب اللّه تعالى دون حاجته و فاقته و فقره» «۲».

و لأنّ قضاء حاجتهم مطلوب، فتركه مكروه، و اتّخاذ الحاجب سببه، و سبب المكروه مكروه.

و ربّما نقل قول بتحريمه عن بعض الفقهاء، و قرّبه فخر المحقّقين إن كان على الدوام، و استحسنه الشهيد الثانى «۳». و الأقرب: الكراهة.

(۱) الكافى ۳: ۳۶۹- ۵، التهذيب ۳: ۲۵۹- ۷۲۵، الوسائل ۵: ۲۱۳ أبواب أحكام المساجد ب ۱۴ ح ۱.

(۲) مستدرك الحاكم ۴: ۹۳، سنن البيهقى ۱۰: ۱۰۱.

(۳) كل ذلك فى المسالك ۲: ۳۵۸.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۶۱

و لا بدّ من تقييده بما إذا لم يجب عليه القضاء مطلقا أو فورا، و إلّا يحرم، لأنّ سبب الحرام حرام.

و بما إذا كان فى مكان غير مباح لمن لم يأذنه، و إلّا فلا يجوز له المنع.

فإن قيل:

فعلى هذا يتعارض دليل الاستئذان مع دليل الكراهة و الحرمة هنا.

قلنا:

لا تعارض، لأنّ مدلول الأول لزوم استئذان الداخل، و مدلول الثانى رجحان إذن القاضى.

و بما إذا لم يكن له أمر مساو أو أهمّ، و إلّا فيجوز أو يستحبّ.

و لكنّ ذكر القيدين الأخيرين غير لازم، لأنّ الكلام فى القاضى من حيث هو قاض، و لذا خصّصنا الممنوع بالمتخاصمين، فإنّ كراهة منعهما أوجب جعله من آداب القاضى.

و أمّا منع سائر المؤمنين من المتزاورين و المتردّدين فغير مخصوص به، و ليس هنا موقع تحقيقه، و لذا اقتصروا بذكر ما يدلّ على كراهة منع الوالى مع تكثّر أخبار المنع عن الاحتجاب.

المسألة الخامسة: يكره القضاء مع الغضب، و الجوع، و العطش، و الهمّ، و الحزن، و مدافعة الأخبثين.

للحسن: «من ابتلى بالقضاء فلا يقضى و هو غضبان» «۱».

و مرفوعة البرقى: «لا تقضينّ و أنت غضبان» «۲».

(۱) الكافى ۷: ۴۱۳- ۲، الفقيه ۳: ۶- ۱۹، التهذيب ۶: ۲۲۶- ۵۴۲، الوسائل ۲۷: ۲۱۳ أبواب آداب القاضى ب ۲ ح ۱.

(۲) الكافى ۷: ۴۱۳- ۵، الفقيه ۳: ۷- ۲۴، التهذيب ۶: ۲۲۷- ۵۴۶، الوسائل ۲۷: ۲۱۳ أبواب آداب القاضى ب ۲ ح ۲.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ۶٢

و رواية سلمة: «و لا تقعدنّ فى مجلس القضاء حتى تطعم» «١».

و فى النبوىّ: «لا يقضى إلّا و هو شبعان ريّان» «٢».

و فى آخر «لا يقضى و هو غضبان مهموم و لا مصاب محزون» «٣».

و قد يستثنى الغضب للّه تعالى، لقضيّة الزبير و الأنصارى «۴». و فيه نظر.

و المروىّ فى أمالى الشيخ: إنّ رجلا سأل أمير المؤمنين عليه السّلام عن سؤال فبادر فدخل منزله، ثمّ خرج فقال: «أين السائل؟» فقال الرجل: ها أنا يا أمير المؤمنين، قال: «ما مسألتك؟» قال: كيت و كيت، فأجابه عن سؤاله، فقيل: يا أمير المؤمنين كنّا عهدناك إذا سئلت عن المسألة كنت فيها كالسكّة المحماة جوابا، فما بالك أبطأت اليوم عن جواب هذا الرجل حتى دخلت الحجرة؟ فقال: «كنت حاقنا، و لا رأى لثلاثة: لا لحاقن، و لا حاقب، و لا حازق» «۵».

و قد صرّحوا بكراهة سائر ما يشبه المذكورات من شاغلات النفس و مشوبات الخاطر، و لا بأس به و إن لم أعثر على نصّ عامّ.

و يمكن استنباط الجميع من التعليل المذكور فى المروىّ عن الأمالى.

المسألة السادسة: يكره له تولّى التجارة

، لقوله صلّى اللّه عليه و آله: «ما عدل وال

---

(١) الكافى ٧: ۴١٢- ١، الفقيه ٣: ٨- ٢٨، التهذيب ۶: ٢٢۵- ۵۴١، الوسائل ٢٧: ٢١١ أبواب آداب القاضى ب ١ ح ١.

(٢) سنن البيهقى ١٠: ١٠۶.

(٣) أورده فى المسالك ٢: ٣۵٩ و الرياض ٢: ٣٨٩، و لم نعثر على مصدره.

(۴) كما فى سنن البيهقى ۶: ١۵٣.

(۵) أمالى الشيخ الطوسى: ۵٢۵. قال فى معانى الأخبار: ٢٣٧، الحاقن الذى به البول، و الحاقب الذى به الغائط، و الحازق الذى به ضغطة الخف.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ۶٣

اتّجر فى رعيّته» «١».

و أمّا البيع و الشراء نادرا- بحيث لا تصدق التجارة- فلا يكره، و ينبغى تركه، لبعض الاعتبارات العقليّة.

و الانقباض المانع من اللحن بالحجّة.

و اللين الباعث على الجرأة، و تكلّمهم بما لا يعنى.

و ارتكاب الحكومة بنفسه، أى أن يحضر مع خصمه فى منازعة بين يدى قاض، قيل: لما روى: أنّ أمير المؤمنين عليه السّلام و كلّ عقيلا فى خصومة، و لما روى أنّ: «للخصومات قحما و إنّى لأكره أن أحضرها» «٢».

و فى دلالتهما نظر، و قد حضر أمير المؤمنين عليه السّلام المحاكمة فى دعوى درع طلحة «٣» و غيرها.

نعم، يدلّ على كراهته بعض الاعتبارات.

المسألة السابعة: يستحبّ أن يكون كاتبه – إن احتاج إليه – فقيها

، جيّد الخطّ- لئلّا يغلط فى الكتابة، و لا يشتبه خطّه- بالغا، عاقلا، مسلما، عادلا، بصيرا بما هو موكول إليه. بل ربّما يجب بعض ذلك، لتؤمن خيانته و انخداعه بتزوير بعض الخصوم.

و أن يجلس كاتبه بين يديه ليملى عليه المطالب، فيكتبها و يشاهد ما يكتبه، ليأمن من الغلط.

و إذا افتقر القاضى إلى مترجم فلا بدّ من مترجمين عدلين.

---

(۱) الجامع الصغير للسيوطى ۲: ۵۰۰- ۷۹۴۱، المغنى لابن قدامة ۱۱: ۴۴۰- ۸۲۶۹.

(۲) شرح نهج البلاغة لابن أبى الحديد ۱۹: ۱۰۷- ۲۶۰، و القحمة: المهلكة- مجمع البحرين ۶: ۱۳۴.

(۳) الكافى ۷: ۳۸۵- ۵، الفقيه ۳: ۶۳- ۲۱۳، التهذيب ۶: ۲۷۳- ۷۴۷، الاستبصار ۳: ۳۴- ۱۱۷، الوسائل ۲۷: ۲۶۵ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۱۴ ح ۶.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۶۴

البحث الثالث فى بعض الأحكام المتعلّقة بالقاضى

اشاره

و فيه مسائل:

المسألة الأولى: اختلفت كلماتهم فى جواز أخذ الأجرة و الجعل على القضاء

من المتخاصمين أو أحدهما أو غيرهما.

فقال فى الكفاية: و لا أعرف خلافا بين الأصحاب فى أنّه لا يجوز له أخذها من المتخاصمين مع وجود الكفاية من بيت المال، و مع وجود الحاجة إليه ففى جواز أخذه منهما أو من أحدهما قولان، أشهرهما:

المنع «۱». انتهى.

و نقل والدى فى معتمد الشيعة الإجماع على الحرمة صريحا مع عدم الحاجة.

و قال فى التحرير: أمّا أخذ الأجرة عليه فإنّه حرام بالإجماع، سواء تعيّن عليه أو لم يتعيّن، و سواء كان ذا كفاية أو لا «۲».

و فى المسالك: فمع وجود الكفاية من بيت المال لا يجوز له أخذها من المتخاصمين مطلقا، و مع عدمها و وجود الحاجة إليها ففى جواز أخذه منهما أو من أحدهما قولان، أشهرهما: المنع «۳». انتهى.

و ظاهره أيضا عدم الخلاف فى المنع مع وجود الكفاية.

---

(۱) الكفاية: ۲۶۲.

(۲) التحرير ۲: ۱۸۰.

(٣) المسالك ٢: ٣۵۴.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ۶۵

و قال بعض الأجلّة: و لو أخذ الجعل من المتخاصمين، فإن لم يتعيّن للحكم و حصلت الضرورة قيل: جاز، و إن تعيّن للقضاء أو كان مكتفيا لم يجز له أخذ الجعل قولا واحدا «١». انتهى.

و عن المبسوط أنّه قال: عندنا لا يجوز بحال «٢». و ظاهره الإجماع على المنع فى الصورتين، و نقل الإجماع عليه عن الخلاف أيضا «٣».

و قال فى الشرائع: أمّا لو أخذ الجعل من المتحاكمين ففيه خلاف، و الوجه التفصيل، فمع عدم التعيين و حصول الضرورة قيل: يجوز، و الأولى المنع، و لو اختلّ أحد الشرطين لم يجز «۴». انتهى.

و ظاهره وجود الخلاف مع عدم الضرورة أيضا.

و قال فى المفاتيح: أمّا لو شرط على المتخاصمين أو أحدهما جعلا ليفصل الحكومة بينهما- من غير اعتبار الحكم لأحدهما، بل من اتّفق الحكم له منهما على الوجه المعتبر- جاز عند بعضهم «۵».

و ظاهره الجواز فى الحالين أيضا.

و قال فى شرحه: و المشهور أنّ القاضى لو شرط على المتخاصمين أو أحدهما بذله جعلا له- ليفصل المنازعة من غير اعتبار أن يحكم للباذل بخصوصه- جاز له أخذ ذلك، بل لو شرط الجعل على من اتّفق الحكم لأحدهما على الوجه الموافق للحقّ- بأن قال: من غلب منكما فلى عليه كذا- جاز أيضا عند الأكثر. انتهى.

---

(١) كشف اللثام ٢: ١۴٣.

(٢) نقله عنه فى كشف اللثام ٢: ١۴٣، و قد يستفاد من المبسوط ٨: ٨۵.

(٣) الخلاف ٢: ۵٩٨.

(۴) الشرائع ۴: ۶٩.

(۵) المفاتيح ٣: ٢۵١.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ۶۶

و ظاهره أيضا الجواز، بل شهرته فى الحالين.

و نقل عن الحلبى و الحلّى و المحقّق الثانى «١» و جماعة «٢»: المنع.

و عن المفيد و النهاية و القاضى: الجواز مع الكراهة «٣».

و كيف كان، فالحقّ: عدم الجواز مطلقا مع الكفاية، لظاهر الإجماع، و لما مرّ فى بحث التجارة من عدم جواز أخذ الأجرة على الواجب.

و لصحيحة ابن سنان: عن قاض بين فريقين يأخذ من السلطان على القضاء الرزق، فقال: «ذلك السحت» «۴»، فإن الظاهر من الرزق على القضاء كونه بإزائه، فيكون أجرا، و هو غير ارتزاق القاضى كما يأتى. و بذلك يظهر ضعف تضعيف دلالتها، و احتمال حمل السحت فيها على الكراهة بالإجماع على حلّية الارتزاق.

و المروىّ فى الخصال: «السحت أنواع كثيرة»، و عدّ منها أجور القضاة «۵».

مضافا فى صورة التعيين إلى عدم جواز توقيف أحد الواجب عليه على الشرط، لأنّه عمل لنفسه لا لأحد المتحاكمين. بل قد يضاف ذلك فى صورة عدم التعيين أيضا، لما ذكر.

و فيه: أنّ المسلّم عدم جواز التوقيف فى الواجب العينى، و لذا قيل

---

(١) الحلبى فى الكافى فى الفقه: ٢٨٣، و الحلى فى السرائر ٢: ٢١٧، و المحقق الثانى فى جامع المقاصد ۴: ٣۶.

(٢) منهم المحقق فى الشرائع ۴: ۶٩، و العلّامة فى القواعد ٢: ٢٠٢، و الشهيد فى الدروس ٢: ۶٩.

(٣) المفيد فى المقنعة: ۵٨٨، النهاية: ٣۶٧، و القاضى فى المهذب ٢: ۵٨۶.

(۴) الكافى ٧: ۴٠٩- ١، الفقيه ٣: ۴- ١٢، التهذيب ۶: ٢٢٢- ۵٢٧، الوسائل ٢٧:

٢٢١ أبواب آداب القاضى ب ٨ ح ١.

(۵) الخصال: ٣٢٩- ٢۶، الوسائل ١٧: ٩۵ أبواب ما يكتسب به ب ۵ ح ١٢.

بجواز أخذ الأجرة فيما لا تشترط فيه القربة من الكفائيّات، غاية الأمر أنّ إيجاد ما تعلّق به الوجوب لا يكون من جهة امتثال أمر الشارع، و لا يكون الفاعل ممتثلا، و لا يلزم منه عقاب، أمّا على الفاعل فلعدم الوجوب عليه، و أمّا على الجميع فلسقوط الواجب عنهم، لأنّ الواجبات الكفائيّة الغير المشروطة بالقربة توصّليّة، و لازم الوجوب التوصّلى تقييده بعدم تحقّق التوصّل، فإذا حصل سقط.

و لكن الحقّ- كما سبق فى كتاب التجارة- عدم جواز الأجرة على الواجب على الفاعل مطلقا، عينيّا أو كفائيّا، محتاجا إلى نيّة القربة أم لا.

و أمّا مع الضرورة و عدم الكفاية، فمع التعيين لا يجوز أيضا إجماعا كما صرّح به والدى فى معتمد الشيعة، لأنّ اشتراط الجعل توقيف لامتثال أمر الشارع الواجب عليه على شرط و هو غير جائز.

و أمّا بدون التعيين، فقيل: يجوز، لانحصار الدليل على المنع حينئذ بإطلاق الصحيحة و الرواية، و هو معارض بأدلّة نفى الضرر، و هى راجحة بموافقة الكتاب و معاضدة الاعتبار و أكثريّة الأخبار، و لو لا الرجحان أيضا لكان المرجع إلى أصالة الجواز.

و لا يرد انتفاء الضرر بتحصيل الكفاية من المعدّات لذوى الحاجات و المبرّات، لأنّ المفروض انتفاؤها أو تعسّر أخذها عليه.

و منعها والدى رحمه اللّه بإمكان دفع الضرر بترك القضاء و خروجه عن الاستحباب حينئذ.

و الحاصل: أنّ تعارض أدلّة نفى الضرر مع أدلّة حرمة الأجر إنّما هو إذا لم يجز ترك القضاء، و مع عدم التعيين يجوز، فلا تعارض، فيعمل

بالدليلين بترك القضاء الذى لا محذور فيه.

و هو كذلك، فالحرمة حينئذ هى الأقوى، لتعارض دليلى نفى الضرر و حرمة الأجرة مع دليل القضاء، فلا يعلم الإذن فى القضاء هنا، فلا يجوز.

و منه يظهر فساد ما قد يقال من حصول ذلك التعارض مع التعيين أيضا بين دليل التعيين و أدلّة نفى الضرر، فيرجع إلى الأصل فيجوز.

لأنّ الرجوع إلى الأصل يوجب تحريم القضاء و وجوب التكسّب لدفع الضرر، فإنّ هذا إنّما يتمّ لو لم يمكن دفع الضرر إلّا بأخذ الأجرة، و المفروض إمكان دفعه بالتكسّب، و إلّا لم يكن القضاء موجبا للضرر.

المسألة الثانية: يجوز له الارتزاق من بيت المال

، و لو مع التعيين و عدم الحاجة، كما صرّح بهما والدى فى معتمد الشيعة، و ادّعى بعضهم الإجماع عليه.

لمرسلة حمّاد الطويلة، و فيها: «و يؤخذ الباقى، فيكون ذلك أرزاق أعوانه على دين اللّه، و فى مصلحة ما ينوبه من تقوية الإسلام و تقوية الدين فى وجوه الجهاد، و غير ذلك ممّا فيه مصلحة العامّة» «۱» الحديث.

و قيّد فى اللمعة الجواز بالحاجة «۲». و لا وجه له بعد عموم الرواية المنجبرة.

و معنى الارتزاق منه: هو أخذ الرزق منه لأجل كونه قاضيا، لا لقضائه و عليه و بإزائه. و إعطاء الوالى أيضا كذلك.

و الفرق بين المعنيين واضح، فإنّ الأخ يعطى أخاه لكونه أخا له،

---

(۱) الكافى ۱: ۵۳۹- ۴، التهذيب ۴: ۱۲۸- ۳۶۶، الوسائل ۲۷: ۲۲۱ أبواب آداب القاضى ب ۸ ح ۲.

(۲) اللمعة (الروضة البهيّة ۳): ۷۱.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۶۹

لا لأجر الاخوّة و بإزائه. و كذا من وقف على المؤذّن مثلا أو نذر له شيئا فهو يعطيه لأجل كونه مؤذّنا، لا بإزاء أذانه. و لذا لو وقف أحد ضياعا على شيعة بلده أو صائميه يجوز لهم الارتزاق من نمائه، مع أنّه لا يجوز أخذ شىء بإزاء التشيّع و الصوم.

و من هذا يظهر أنه لا تعارض بين المرسلة و بين الصحيحة و الرواية، لعدم كون المأخوذ حينئذ أجرا أو رزقا على القضاء، و إن كان رزقا لكونه قاضيا.

و هل يكره له ذلك مع اليسار؟.

صرّح والدى فى معتمد الشيعة بالكراهة، ناسبا له إلى الأكثر، لصحيحة ابن سنان المتقدّمة.

و فى دلالتها نظر يظهر ممّا مرّ.

نعم، لا بأس بالقول بالكراهة، لحكايتها عن الأكثر.

و لو لم يكن بيت المال، فهل يجوز له الارتزاق من سائر الوجوه التى مصرفها الخير أو سبيل اللّه؟

الظاهر: الجواز مع الضرورة و الحاجة، لتوقّف التوصّل إلى ذلك الخير العام بالارتزاق، و أمّا بدونها فيشكل، سيّما مع التعيين، بل لا يجوز حينئذ البتّة، كما لا يجوز صرفها إلى المصلّين و الصائمين لأجل صلاتهم و صيامهم.

المسألة الثالثة: يحرم على القاضى أخذ الرشوة

اشاره

- مثلّثة الراء- إجماعا من المسلمين، للمستفيضة من المعتبرة.

و فى موثّقة سماعة: «إنّ الرشا فى الحكم هو الكفر باللّه» «۱».

---

(۱) الكافى ۷: ۴۰۹- ۲، التهذيب ۶: ۲۲۲- ۵۲۶، الوسائل ۲۷: ۲۲۲ أبواب آداب القاضى ب ۸ ح ۳.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۷۰

و فى مضمرته: «فأمّا الرشا فى الحكم فهو الكفر باللّه العظيم» «۱».

و كذا فى روايته «۲»، و مرسلة الفقيه «۳»، و رواية عمّار بن مروان «۴».

و فى رواية يزيد بن فرقد: عن السحت، فقال: «الرشا فى الحكم» «۵».

و فى رواية السكونى: قال: «السحت ثمن الميتة» إلى أن قال:

«و الرشوة فی الحکم» «۶».

و کما یحرم علیه أخذها کذلک یحرم علی باذلها دفعها، لأنّه إعانة علی الإثم و العدوان، و لقوله علیه السّلام: «لعن اللّه الراشی و المرتشی فی الحکم» «۷».

و لا کلام فی شیء من ذلک، و إنّما الکلام فی أمور ثلاثة:

أحدها: أنّ الرشوة المحرّمة ما هی؟

و ثانیها: أنّه هل خصّص من تحریم الإرشاء و الارتشاء صورة، أم لا؟

و ثالثها: فی التفرقة بینها و بین الهدیّة للقاضی، و أنّها هل هی أیضا رشوة، أو کالرشوة محرّمة، أم لا؟

أمّا الأول: فلا کلام فی أنّ الرشوة للقاضی هی: المال المأخوذ من

---

(۱) الکافی ۵: ۱۲۷- ۳، التهذیب ۶: ۳۵۲- ۹۹۷، الوسائل ۱۷: ۹۲ أبواب ما یکتسب به ب ۵ ح ۲.

(۲) تفسیر العیاشی ۱: ۳۲۱- ۱۱۲، الوسائل ۲۷: ۲۲۳ أبواب آداب القاضی ب ۸ ح ۸.

(۳) الفقیه ۳: ۱۰۵- ۴۳۵، الوسائل ۱۷: ۹۴ أبواب ما یکتسب به ب ۵ ح ۸.

(۴) الکافی ۵: ۱۲۶- ۱، التهذیب ۶: ۳۶۸- ۱۰۶۲، الوسائل ۱۷: ۹۲ أبواب ما یکتسب به ب ۵ ح ۱.

(۵) الکافی ۵: ۱۲۷- ۴، الوسائل ۱۷: ۹۳ أبواب ما یکتسب به ب ۵ ح ۴.

(۶) الکافی ۵: ۱۲۶- ۲، التهذیب ۶: ۳۶۸- ۱۰۶۱، تفسیر القمی ۱: ۱۷۰، الخصال: ۳۲۹- ۲۵، الوسائل ۱۷: ۹۳ أبواب ما یکتسب به ب ۵ ح ۵.

(۷) سنن الترمذی ۲: ۳۹۷- ۱۳۵۱، سنن ابن ماجه ۲: ۷۷۵- ۲۳۱۳، مسند أحمد ۲: ۳۸۷، مستدرک الحاکم ۴: ۱۰۳.

مستند الشیعة فی أحکام الشریعة، ج‌۱۷، ص: ۷۱

أحد الخصمین أو منهما أو من غیرهما للحکم علی الآخر، و إهدائه و إرشاده فی الجملة.

إنّما الکلام فی أنّ الحکم أو الإرشاد المأخوذین فی مهیّته، هل هو مطلق شامل للحقّ و الباطل، أو یختصّ بالحکم بالباطل؟

مقتضی إطلاق الأکثر و تصریح والدی العلّامة فی معتمد الشیعة و المتفاهم فی العرف هو: الأول، و هو الظاهر من القاموس و الکنز و مجمع البحرین «۱».

و یدلّ علیه استعمالها فیما اعطی للحقّ فی الصحیح: عن الرجل یرشو الرجل علی أن یتحوّل من منزله فیسکنه، قال: «لا بأس» «۲».

فإنّ الأصل فی الاستعمال إذا لم یعلم الاستعمال فی غیره الحقیقة، کما حقّق فی موضعه.

نعم، عن النهایة الأثیریّة ما ربّما یشعر بالتخصیص «۳» ککلام بعض الفقهاء، و هو لمعارضة ما ذکر غیر صالح، مع أنّ الظاهر أنّ مراد بعض الفقهاء تخصیص الحرمة دون الحقیقة.

و أمّا الثانی: فمقتضی إطلاق الأخبار التعمیم.

و قد یخصّ الجواز للمرتشی إذا کان یحکم بالحقّ و إن لم یرتش.

و هو ضعیف غایته.

و قد یخصّ الجواز للراشی إذا کان محقّا و لا یمکن وصوله إلی حقّه بدونها، ذکره جمع کثیر «۴» منهم الوالد الماجد.

---

(۱) القاموس المحیط ۴: ۳۳۶، مجمع البحرین ۱: ۱۸۴.

(۲) التهذیب ۶: ۳۷۵- ۱۰۹۵، الوسائل ۱۷: ۲۷۸ أبواب ما یکتسب به ب ۸۵ ح ۲.

(٣) النهاية الأثيرية ٢: ٢٢۶، قال: فالراشى من يعطى الذى يعينه على الباطل.

(۴) منهم المحقق فى الشرائع ۴: ٧٨، و الشهيد الثانى فى المسالك ٢: ٣۶۴، و الروضة ٣: ٧۵.

و هو حسن، لمعارضة إطلاقات تحريمها مع أدلّة نفى الضرر، فيرجع إلى الأصل لو لم يرجح الثانى، و لكن الجواز حينئذ مخصوص بالراشى دون المرتشى.

و قد يخصّ أيضا «١» بما إذا أرشى و ارتشى للحكم بالباطل، إمّا لاختصاص حقيقتها بذلك كما مرّ، و ضعفه قد ظهر. أو لتخصيص ذلك بالصحيحة المذكورة المجوّزة للإرشاء للتحوّل من منزله، و يضعّف بأنّ الكلام فى الرشا فى الحكم دون التحوّل من المنزل.

و أما الثالث: فالفرق بين الرشوة و الهديّة: أنّ الاولى- كما عرفت-:

هى المال المبذول للتوصّل به إلى الحكم ابتداء أو إرشادا. و الثانية: هى العطيّة المطلقة، أو لغرض آخر نحو التودّد أو التقرّب إليه أو إلى اللّه.

و الحاصل: أنّ كلّ مال مبذول لشخص للتوصّل به إلى فعل صادر منه و لو مجرّد الكف عن شرّه لسانا أو يدا أو نحوهما فهو رشوة.

و لا فرق فى الفعل- الذى هو غاية البذل- أن يكون فعلا حاضرا، أو متوقّعا، كأن يبذل للقاضى لأجل أنّه لو حصل له خصم يحكم للباذل، و إن لم يكن له بالفعل خصم حاضر و لا خصومة حاضرة.

و كلّ مبذول لا لغرض يفعله المبذول له، بل لمجرّد التودّد أو التقرّب إلى اللّه أو إليه أو لصفة محمودة أو كمال فيه، فهو هديّة، و إن كان الغرض من التودّد و التقرّب إليه الاحتفاظ من شرّ شخص آخر أو التوصّل إلى فعل شخص آخر يوجبه التقرّب و التودّد إليه.

و قد يستعمل لفظ أحدهما فى معنى الآخر تجوّزا.

---

(١) يعنى: الحكم بالحرمة.

فما كان من الأول، فإن كان الفعل المقصود الحكم فهو حرام مطلقا كما مرّ، سواء كان الحكم لخصومة حاضرة أو فرضيّة، و لذا حكموا بحرمة الهديّة الغير المعهودة قبل القضاء، لأنّه قرينة على أنّ المقصود منه الحكم و لو فرضا.

و هو كذلك، لصدق الرشوة عرفا، فتشمله إطلاقاتها، و عليه يحمل إطلاق ما ورد فى طريق العامّة و الخاصّة كما فى أمالى الشيخ: «إنّ هدايا العمّال» كما فى بعضها، أو: «هديّة الأمراء» كما فى بعض آخر «غلول» أو «سحت» «١».

و تدلّ عليه أيضا رواية أبى حميد الساعدى: قال: استعمل النبىّ صلّى اللّه عليه و آله رجلا- يقال له: اللتّة- على الصدقة، فلمّا قدم قال: هذا لكم و هذا أهدى لى، فقام النبى صلّى اللّه عليه و آله على المنبر فقال: «ما بال العامل نبعثه على أعمالنا يقول: هذا لكم و هذا أهدى لى، فهلّا جلس فى قعب بيته أو فى بيت امّه فينظر أ يهدى له أم لا، و الذى نفسى بيده لا يأخذ أحد منها شيئا إلّا جاء يوم القيامة يحمله على رقبته» الحديث «٢».

و إن كان غير الحكم، فإن كان أمرا محرّما فهو أيضا كرشوة الحكم محرّم، لكونه إعانة على الإثم و اتّباعا للهوى.

و إن لم يكن محرّما فلا يحرم، للأصل، و اختصاص الأخبار المتقدّمة برشوة الحكم.

و ما كان من الثانى لا يحرم.

و قيل بحرمته للقاضى أيضا إن كان للباذل خصومة حاليّة أو مثاليّة،

---

(١) أمالى الشيخ ١: ٢۶٨، الوسائل ٢٧: ٢٢٣ أبواب آداب القاضى ب ٨ ح ۶.

(٢) سنن البيهقى ۴: ١٥٨.

لإيجابه ميل قلبه، و انكسار قلب خصمه.

و فيه: أنّ إيجاب الميل القلبى لا يوجب التحريم، و حرمة كسر قلب الخصم إنّما تتأتّى فى الخصومة الحاضرة أو الواقعة يقينا و لو بعد حين، و مع ذلك يوجب كسر قلبه إذا كان بحيث يطّلع عليه، فلو فرض إهداء شىء علم أنّ غرضه ليس فعلا أصلا و لم يطّلع خصمه عليه لا يكون حراما، و أمّا حصول ذلك العلم فهو أمر لا يكاد يحصل غالبا.

و لو لم يعلم مقصوده و أنّ المبذول هل هو من الأول أو الثانى، فمقتضى الأصل الحلّية، إلّا أن تدلّ على قصده القرينة، و منها: عدم الاعتياد قبل القضاء، و منها: حضور خصومة له أو عليه أو حصولها له بعد ذلك علما أو ظنّا.

و لو لم يعتبر ذلك فى التميّز لزم عدم حرمة رشوة إلّا ما صرّح به الراشى أنّه للحكم، و هو خلاف الإجماع.

و لو تعارضت القرينتان- كأن يكون ذلك ممّن جرت عادته بذلك قبل حصول الخصومة، كالقريب و الصديق الملاطف، فبذل بعد حضورها أيضا- فالأحوط عدم القبول، بل الأحوط للقاضى سدّ باب الهدايا مطلقا، بل حكم جمع بكراهتها له، و لا بأس به، لفتواهم.

فرع: يجب على المرتشى ردّها على الراشى

- و إن بذلها برضى نفسه- مع بقاء عينها إجماعا، و الوجه فيه ظاهر.

و يجب عليه ردّ عوضها مع تلفها أيضا- و إن لم يكن التلف بتفريطه- وجوبا فوريّا، على المصرّح به فى كلام الأصحاب، بل نفى الخلاف بيننا عنه «١»، و عن ظاهر المسالك «٢» و غيره: إجماعنا عليه.

---

(١) كما فى غنائم الأيام: ۶٧۵.

(٢) المسالك ١: ١۶٧.

و هو أيضا فيما إذا كان بذلها من غير رضى الباذل و طيب نفسه ظاهر، و أمّا لو بذلها بطيب نفسه- سيّما إذا حكم له بالحقّ- فإن ثبت الإجماع على ثبوت غرامتها عليه و ضمانه إيّاها مطلقا، و إلّا فللتأمّل فيه- للأصل- مجال واسع.

المسألة الرابعة [صرح جماعة بعدم نفوذ قضاء القاضى على من لا تقبل شهادته عليه، و لا لمن لا تقبل شهادته له]

اشاره

صرّح جماعة- منهم: المحقق فى الشرائع و الفاضل فى القواعد و التحرير و الإرشاد و والدى العلّامة رحمه اللّه فى معتمد الشيعة- بعدم نفوذ قضاء القاضى على من لا تقبل شهادته عليه، و لا لمن لا تقبل شهادته له «١».

و استدلّوا له بكونه شهادة و زيادة.

و فيه: منع ظاهر. و إطلاقات نفوذ حكم الحاكم يشمل الجميع، فلا مناص عن الحكم بالعموم إلّا أن يثبت الإجماع على ما ذكروه، و لكنّه غير ثابت، بل قال بعض الأجلّة فى شرحه على القواعد: و خصّ بعضهم المنع بقاضى التحكيم «٢».

و جوّزه المحقّق الأردبيلى، لعموم الأدلّة.

نعم، لا ينفذ حكم الحاكم لنفسه على خصمه إجماعا، لاختصاص النصوص بما يتضمّن الحكم للمتنازعين، أو ما يتبادر منه غير نفسه،

بـل لإطلاق الأوامر بالرجوع إلى الحاكم، و النظر فى التنازع و الحوادث إلى من علم أو عرف، أو رواه الحديث، من غير تفصيل بين العالم و العارف و الراوى و غيرهم، و الرجوع و أمثاله لا يكون إلّا إلى الغير.

و يدلّ عليه أيضا ما ورد فى تنازع رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله مع الأعرابى فى

---

(١) الشرائع ۴: ٧١، القواعد ٢: ٢٠٢، التحرير ٢: ١٨١.

(٢) كشف اللثام ٢: ١۴٣.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٧۶

ثمن الناقة «١» و الفرس «٢»، و تنازع ولىّ اللّه مع عقيل «٣» و عبّاس «۴». و يؤكّده تصريح الأصحاب بكراهة تولّيه للترافع مع خصمه عند حاكم آخر، و استحباب التوكيل له.

و منه يظهر عدم نفوذ حكمه فيما له الشركة فيه إذا كان هو أو وكيله الخصم، لأنّه حينئذ مأمور بالرجوع إلى الحاكم، و لا معنى لرجوع أحد إلى نفسه.

و أمّا لو كان الخصم شريكه- كأن يدّعى أخوه دارا فى يد غيره بحقّ الإرث- ينفذ حكمه فى حقّ أخيه، للإطلاقات. و لا يثبت منه حقّه حينئذ، لعدم حكمه لنفسه و عدم نفوذه لو حكم، فلو ترك المدّعى عليه الكلّ نفذ حكمه فى النصف و لم يتنازع فى نصف الحاكم أيضا فلا بحث، و إن نازع معه يتحاكمان إلى ثالث، و إن حكم بخلاف ما حكم هو لأخيه، كما إذا تحاكم كلّ من الشريكين مع خصمه إلى حاكم غير ما تحاكم به الآخر فحكما كذلك، كلّ بحكم غير حكم الآخر.

و كذا إن ادّعى أحد على أخيه حصّته من دار مورّثه ينفذ حكم الحاكم لأخيه فيه، و لا تسقط به دعوى المدّعى فى حصّة الحاكم، فلو ادّعى يتحاكمان إلى ثالث.

فإن قيل:

ثبوت حقّ الشريك يستلزم ثبوت حقّ الحاكم أيضا، فثبوت

---

(١) الفقيه ٣: ۶٠- ٢١٠، أمالى الصدوق: ٩٠ مجلس ٢٢، الانتصار: ٢٣٨، الوسائل ٢٧: ٢٧۴ أبواب كيفية الحكم ب ١٨ ح ١.

(٢) الكافى ٧: ۴٠٠- ١، الفقيه ٣: ۶٢- ٢١٣، الوسائل ٢٧: ٢٧۶ أبواب كيفية الحكم ب ١٨ ح ٣.

(٣) مناقب آل أبى طالب ٢: ١٠٩.

(۴) رجال الكشى ١: ٢٧٩- ١٠٩، ١١٠.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٧٧

المحكوم به لشريكه دون نفسه يستلزم تخلّف الملزوم عن اللّازم، و هو باطل البتّة، فيجب إمّا عدم نفوذ الحكم أصلا، أو ثبوت المحكوم به فى حصّة الحاكم أيضا، بأن يثبت للشريك- لعمومات نفوذ حكم الحاكم للغير- و لنفسه لأجل الاستلزام، و لكن ثبوته فيما له شركة فيه خلاف الإجماع القطعى، فلا بدّ أن لا ينفذ فى شىء منهما.

قلنا:

ليست هذه اللوازم لوازم عقليّة لا يمكن تخلّفها عن الملزوم، بل أمور شرعيّة قابلة للتخصيص، فالعمومات توجب نفوذ الحكم فى حقّ الشريك، و الإجماع يمنع نفوذه فى حقّ الحاكم، لأنّ بالإجماع تنفى الملازمة هنا، و لا يمكن نفى ثبوت الملزوم، لعدم الإجماع فيه، و كون عمومات النفوذ خالية عن المعارض.

و هل ينفذ حكمه لمن له الولاية بالأبوة أو الجدودة أو الوصاية عليه، أم لا؟

قال فى التحرير: و لو تولّى وصىّ اليتيم القضاء فهل يقضى له؟ فيه نظر ينشأ من كونه خصما فى حقّه كما فى حقّ نفسه، و من أنّ كلّ قاض هو ولىّ الأيتام «۱». انتهى.

و التحقيق: أنّه إن كان الخصم و المنازع هو الحاكم فلا ينفذ حكمه و لا بدّ من الرجوع إلى الغير، و إن كان غيره- كشريك لمن هو وليّه- فينفذ حكمه فى حصّة الشريك و المولّى عليه له.

أمّا فى حصّة الشريك فبعمومات نفوذ حكمه.

و أمّا فى حصّة المولّى عليه فبأدلّة الملازمة بين ثبوت ذلك المال و بين

---

(۱) التحرير ۲: ۱۸۱.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۷۸

شركة المولى عليه، فإذا حكم أنّه مال مورّث الشريك فثبت حقّ المولّى عليه بأدلة الإرث.

بل و كذا غير المولّى عليه و المدّعى، فلو ثبت بعد دعوى المدّعى كون الملك الفلانى مال مورّثه و حكم بحصّته له ثبتت حصّة سائر الكبار أيضا، فلهم المطالبة بذلك الإثبات من غير حاجة إلى إقامة الشاهد ثانيا.

نعم، لو اعترف ذلك بعدم حقّيّة نفسه يعارض ذلك دليل الاستلزام و يرجع إلى الأصل.

فإن قيل:

ما الفرق بين حصّة الحاكم نفسه، فكانت لا تثبت بالاستلزام و تثبت حصّة من له الولاية عليه؟

قلنا:

الفارق هو الإجماع المتقدّم، فإنّه معلوم فى حصّة نفسه، و لولاه لقلنا بثبوتها أيضا، و لا إجماع هنا حتى من جهة ما يثبت للحاكم أيضا من التسلّط فى التصرّف بحقّ الولاية، إذ لم يتحقّق الإجماع إلّا فى حصّته الماليّة.

و كذا الحكم فى سائر الأيتام و المجانين و الغيّب الذى له الولاية عليه عموما، فلا ينفذ حكمه لهم لو كان هو الخصم و المنازع، و ينفذ حكمه لو كان المنازع غيره، من قيّم من جانبه على أمورهم، أو من جانب حاكم آخر.

و ليس القيّم كالوكيل فى المخاصمة و التنازع، حتى يكون هو بمنزلة الموكّل، بل هو بمنزلة الوكيل لمن هو قيّم له، جعله الحاكم وكيلا له بحقّ ولايته لا وكيلا لنفسه، و لذا يفترق مع الوكيل فى أنّه لا يشرط فى الوكيل الوثاقة و العدالة و يشترط فى القيّم، و يجوز له إجراء العقود بقيد الاحتساب دون الوكالة.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۷۹

و لو كان القيّم هو الحاكم، و وكّل أحدا فى المنازعة، فلا ينفذ حكمه.

و كذا لا ينفذ حكمه لو وكّل أحدا من جانب نفسه لولايته على ولده الصغير أو ولد موصيه فى منازعة.

و لو وكّله فى جميع أموره عموما من غير سبق نزاع فاتّفقت المنازعة، فهل ينفذ حكمه لوكيله؟ فيه إشكال.

كما أنّه يشكل الحكم بجواز جعل أحد قيّما لأحد هذين الصغيرين لا وكيلا لنفسه حتى ينفذ حكمه له.

و الأولى و الأحوط حينئذ الرجوع فى المنازعة إلى حاكم آخر.

و لو لم يكن هناك غيره فالأولى التوصّل بالحيل الشرعيّة، فتنقل حصّة المولّى عليه إلى غيره مع خيار فسخ فى مدّة معلومة، فيحكم للمنتقل إليه ثمّ يفسخ.

فرع: لو باشر الحاكم بنفسه عقدا لغيره بوكالته كبيع أو نكاح، ثمّ حصل النزاع فيه بين متنازعين، ينفذ حكم الحاكم فيه

، للإطلاقات.

و لا یضرّ کونه وکیلا، لأنّه کان وکیله فی مجرّد إیقاع عقد، و تمّت الوکالة، و لیس مثل ذلک الوکیل ممّن یردّ قوله.

و لو باع عن بالغ غیر رشید لأحد ولایة، و باع أبوه أیضا لآخر کذلک، أو نکح غیر رشیدة بظن الولایة، و نکحت نفسها لآخر، فتنازع المتبایعان أو الزوجان، ینفذ حکم ذلک الحاکم لمن حکم لهما، سواء کان النزاع فی الرشد و عدمه، أو فی إجراء العقد و عدمه، أو فی صحّة عقد الحاکم عن الرشید و الرشیدة و عدمه، للإطلاقات.

المسألة الخامسة: إذا حکم حاکم بحکم، لم یجب علی حاکم آخر البحث عنه

، و جاز له إمضاؤه إذا اعتقده أهلا، بل یجب، للمقبولة.

مستند الشیعة فی أحکام الشریعة، ج۱۷، ص: ۸۰

لکن لو نظر فیه جاز، فإن ظهرت إصابته أو لم یظهر شیء من الصواب و الخطأ وجب الإمضاء.

و کذا إن ظهرت مخالفته لما هو صواب فی نظر الثانی من الأدلّة الظنّیة المحتملة للمخالفة.

و إن ظهر خطوة فی دلیل قطعیّ غیر متحمّل لقبول المخالفة من المجتهدین، لم یجز إمضاؤه، بل وجب علیه و علی غیر ذلک الحاکم نقضه، سواء خفی الدلیل علی الحاکم الأول أو لا، و سواء أنفذه الحاکم الأول أو لا، و سواء أنفذه الجاهل به أم لا، للإجماع- کما صرّح به بعض الأجلّة فی شرحه علی القواعد أیضا «۱»- و للقطع بأنّه خلاف حکم اللّه، فإمضاؤه إدخال فی الدین ما لیس منه و حکم بغیر ما أنزل اللّه، فیدخل فی نصوص من حکم به، أو لم یحکم بما أنزل اللّه.

و کذا إن ظهر خطوة فی دلیل ظنّی عنده لأجل تقصیره فی القدر اللّازم من الاجتهاد عند الأول، بل ینقض مع التقصیر و لو اتّفق مطابقته لطریقة اجتهاده.

و الحاصل: إنّ الموجب للنقض أحد الأمرین: إمّا الخطأ فی الدلیل القطعی، أو التقصیر فی الاجتهاد، إذ لیس الحکم فی الصورتین حکم اللّه فی حقه قطعا.

و لکن فهم التقصیر فی الاجتهاد إذا لم یخالف دلیلا قطعیّا ممّا لا یظهر لغیر نفسه غالبا و إن أمکن أحیانا، فالفائدة فی الأغلب تظهر فی جواز نقض نفسه حکمه أو وجوبه.

---

(۱) کشف اللثام ۲: ۱۵۴.

مستند الشیعة فی أحکام الشریعة، ج۱۷، ص: ۸۱

و الظاهر أنّ صورة التقصیر مراد من أطلق جواز النقض مع المخالفة، کالشیخ و ابن حمزة و ابنی سعید و الفاضل فی التحریر و الإرشاد «۱».

و أمّا بدون التقصیر بحسب اجتهاده فلا ینقض حکمه، لا من نفسه و لا من غیره، و إن ظهر له بعد الاجتهاد دلیل ظنّی یکون حجّة عنده حال الحکم من غیر وجود ما یصلح لمعارضته، لأنّ الأدلّة الظنّیة لیست کاشفة عن الأحکام الواقعیّة، و إنّما هی أمارات للأحکام الظاهریّة، فإذا لم یقصّر فی استفراغ وسعه و بذل جهده بقدر ما أدّی اجتهاده إلی کفایته من السعی یکون الحکم حکم اللّه فی حقّه و حقّ من یحکم له و علیه، فلا وجه للنقض.

و ما ذکرنا هو الضابط فی المقام، بل هو مراد من تعرّض للمسألة من الأصحاب، و إن اختلف عبارتهم فی تأدیة المرام.

المسألة السادسة: لا ينقض الحكم بتغيّر الاجتهاد

، لأنّ الحكم كان ذلك فى حقّهم قبل التغيّر، إلّا إذا كان التغيّر لأحد الأمرين المتقدّمين.

و لو تغيّر قبل تمام الحكم وجب بناؤه على الرأى الثانى.

المسألة السابعة: لو ادّعى المحكوم عليه عدم أهليّة الحاكم لعدم اجتهاده أو لفسقه

– و هذا إنّما يتصوّر إذا كان المحكوم عليه غائبا حين الحكم، أو ادّعى ظهور عدم أهليّته حال الحكم بعده مع زعمه أولا ـ أهلا ـ فالخصم فى تلك الدعوى يكون هو المحكوم له، و قد يكون الحاكم أيضا إذا كانت الدعوى ممّا يوجب ضمانا أو تعزيرا عليه.

ثمّ هل تسمع تلك الدعوى على المحكوم له، أم لا؟

---

(۱) الشيخ فى المبسوط ۸: ۱۰۱، ۱۰۲، و ابن حمزة فى الوسيلة: ۲۰۹، و ابن سعيد فى الجامع للشرائع: ۵۲۹، و المحقق فى الشرائع ۴: ۷۵، التحرير ۲: ۱۸۴، الإرشاد ۲: ۱۴۱.

استوجه فى الشرائع و المسالك عدم السماع، و عدم تسلّطه على حلفه «۱».

و صرّح فى الدروس بعدم سماع الدعوى على المحكوم له بفسق الحاكم على سبيل الإطلاق «۲».

و تردّد فى التحرير فى ذلك كذلك «۳».

و استشكل فيه فى القواعد، و لكن فى صورة عدم البيّنة «۴».

و كذا فى الكفاية، إلّا أنّه حكم بعدم السماع مع عدم البيّنة «۵».

و ظاهر الأخيرين– بل الأولين أيضا– سماع الدعوى مع البيّنة.

و أظهر منهما عبارة الشهيد فى غاية المراد، قال: إذا ادّعى المنكر جرح الشهود أو الحاكم كلّف البيّنة، فإن فقدها و ادّعى علم المدّعى بذلك، ففى توجّه اليمين على المدّعى وجهان. و صرّح بعض فضلائنا المعاصرين بأنّ النزاع فى السماع و عدمه إنّما هو فى صورة فقد البيّنة، و أمّا معها فلا نزاع فى السماع.

قال: فدعوى فسق الحاكم ممّا لا ـ ينبغى النزاع فى مسموعيّتها، إنّما النزاع فى صورة تكون دعوى المنكر علم المدّعى بالفسق حتى ينحصر دفع النزاع بالحلف على عدم العلم، فإذا ادّعى المحكوم عليه بعد الحكم فسق الحاكم فيسمع و يطالب منه البيّنة، فإن أقامها فيبطل الحكم و إن بقى أصل الدعوى، و إن فقدت البيّنة فالقاعدة توجّه اليمين على المنكر.

---

(۱) الشرائع ۴: ۱۰۷، المسالك ۲: ۳۸۷.

(۲) الدروس ۲: ۸۵.

(۳) التحرير ۲: ۱۸۹.

(۴) القواعد ۲: ۲۰۸.

(۵) الكفاية: ۲۷۴.

و لكن لما كان الفسق فعل الحاكم و لا يصحّ الحلف على نفى فعل الغير- بل إنّما يصحّ حلف نفى العلم، و هو موقوف على دعوى العلم، بأن ادّعى المنكر علم المدّعى بالفسق- فهذا هو الذى استشكلوا فيه و صار معركة للنزاع «۱». انتهى.

و لكن صريح المحقّق الأردبيلى تحقّق النزاع فى صورة وجود البيّنة أيضا، قال ما ملخّصه: و لو ادّعى المنكر بعد إقامة البيّنة فسق الشهود أو القاضى فيمكن أن يسمع و يطالب بالبيّنة، فإن أثبته بالبيّنة فلا يثبت الحكم، و يمكن أن لا يسمع.

و إن لم تكن بيّنة و ادّعى علم المدّعى، فإن أقرّ المدّعى به توقّف الحكم إن كان قبله و إن كان بعده أبطله، و إن أنكر المدّعى فهل له تحليفه على عدم العلم بذلك، أم لا؟ استشكله المصنّف و غيره انتهى.

و كيف كان، فالحقّ سماع الدعوى فى صورة وجود البيّنة و عدمها إن كانت الدعوى على المحكوم له، لعمومات سماع الدعوى و القضاء و عدم المخصّص.

و هل المدّعى المكلّف على الإثبات: المحكوم له، أو المحكوم عليه؟

قال بعض الفضلاء المعاصرين: إن كان القاضى معروفا بالعدالة فعلى القادح إثبات الجرح، و إن كان خامل الذكر فعلى المعدّل إثباته «۲».

أقول:

دعوى المحكوم عليه إمّا تكون عدم علمه بأهليّة الحاكم فلا ينفذ حكمه عليه، أو علمه بعدم أهليّته و فسقه.

فإن كان الأول، فلا ينبغى الريب فى كون الإثبات على المحكوم له،

---

(۱) انظر جامع الشتات: ۶۷۷.

(۲) انظر جامع الشتات: ۶۷۷.

و لو بالمعروفيّة و الاستفاضة.

و إن لم يكن له دليل مثبت فله تحليف المحكوم عليه لو ادّعى علمه بالأهليّة.

و لو لم يدّع علمه لم يسلّط على تحليفه، و يعمل فيه بالأصل، و هو عدم نفوذ حكمه عليه.

و إن كان الثانى، فمع عدم المعروفيّة لا ريب أيضا فى كون الإثبات على المحكوم له، فإن أثبت، و إلّا فله تحليف المحكوم عليه، فإن حلف بطل الحكم، و إن نكل ثبت، و إن ردّ الحلف انعكس.

و أمّا مع المعروفيّة فالإثبات على المحكوم عليه، فإن أثبته بالبيّنة فهو، و إلّا فإن ادّعى علم المحكوم له فله تحليفه و إيقاف الحكم أو إبطاله، و إن لم يدّعه فتسقط دعواه.

احتجّ المحقّق الأردبيلى على عدم سماع البيّنة مطلقا بأنّه أمين الإمام، و فتح هذا الباب موجب لعدم إجراء الأحكام و الطعن فى الحكّام، فلا يقبلون القضاء.

و فيه: أنّ كونه أمينه فى زمن الغيبة فرع أهليّته، فإن ثبت الفسق فليس أمينا، و إلّا يمكن سدّ باب تفسيق سائر الحكّام بتعزير المدّعى، حيث أهان العلماء، مع أنّ العدول و الحاكم الآخر أيضا أمناء اللّه، فإن كان الحاكم الأول أمينا لا يقدحون فيه. و لا يضرّ القدح، بل ذلك موجب لسعى القضاة فى الاجتناب عن العيوب أو سترها، و هو أيضا مصلحة تامّة.

و احتجّوا على عدم السماع بدون البيّنة بأمرين، أحدهما: لزوم الفساد.

و الثانى: أنّه ليس حقّا لازما يثبت بالنكول و لا بيمين الردّ.

و يضعّف الأول بالمنع أولا، فإنّه أىّ فساد فى دعوى ذلك؟! و قد

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۸۵

يدّعى على الحاكم نفسه بدعاوى، و هى غالبا متضمّنة لتفسيقه من الكذب أو الخيانة.

و ثانيا بالمعارضة، فإنّ عدم سماعها قد يستلزم ضياع حقّ خطير سهل الإثبات، أو إتلاف دم، أو تحليل بضع محرّم، أو تحريم محلّل، و يستلزم جريان حكم شخص مجهول الحال أو معلوم الفسق لأحد عليه بدون لزوم شرعى.

نعم، لهذا الكلام وجه فى القضاة المنصوبة من الإمام حال الحضور، و كأنّه ذكره العامّة و أخذه بعض أصحابنا و أجروه مطلقا، و إلّا فكيف يرضى أحد بأن يقول: إنّه إذا ورد أحد- مع مال خطير أو جارية جميلة- قرية أو بلدة و ادّعى عليه شخص مجهول أنّ المال ماله و الجارية جاريته، و حكم شخص فى زىّ العلماء له بذلك، و أنّه يجب على ذلك الشخص تسليم المال و الجارية و إن لم يعرف ذلك الشخص أو عرف فسقه و دنوّ مرتبة علمه، و لم يسمع منه عذر و لا إرجاء «۱»، سيّما فى مثل تلك الأزمنة التى تصدّى فيها كلّ متغلّب فى كلّ قرية أو بلدة للحكم؟! و يضعّف الثانى: بالمنع، و لم ليس حقّا لازما و لا غير ثابت بالنكول و ردّ اليمين إذا ادّعى على المحكوم له أنّ ما أخذه لم يكن بالاستحقاق لعدم أهليّة الحاكم واقعا أو عنده؟! هذا إذا كان التّداعى مع المحكوم له.

و لو ادّعى ما يوجب ضمانا أو تعزيرا على الحاكم فهو خصمه و عليه الإثبات، لادّعائه أمرا مخالفا للأصل، و لأنّه الذى لو ترك ترك، و عدم ثبوت

---

(۱) فى «س»: ادعاء.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۸۶

دخوله تحت إطلاقات نفوذ حكمه بعد.

فإن أثبت فهو، و إلّا فيحلف المحكوم عليه إمّا على عدم الأهليّة إن أنكرها، أو على عدم علمه بالأهليّة إن اكتفى بعدم العلم، الذى هو أيضا موجب لعدم نفوذ حكمه عليه بدون ثبوت الأهليّة.

فإن حلف بطل الحكم و ضمن الحاكم، و إلّا سقط حقّه، و إن ردّ الحلف فيحلف خصمه و يسقط عنه الضمان.

و لو ادّعى المحكوم عليه خطأ الحاكم بما لا يعذر فيه، أو تقصيره، أو جوره فى الحكم، أو حكمه بشهادة الفاسقين عنده، و نحوه، فالخصم أيضا إمّا المحكوم له أو الحاكم كما مرّ، و يجب إحضار المدّعى عليه، وفاقا للشيخ و المحقّق و المسالك، بل نسبه فيه إلى الأكثر «۱»، و كذا فى شرح الإرشاد للأردبيلى فى دعوى الحكم بشهادة الفاسقين، للعمومات المشار إليها.

إلّا أنّ الإثبات حينئذ على المحكوم عليه، و هو المدّعى، لأنّ مقتضى إطلاقات نفوذ حكم الحاكم قبول حكمه مطلقا، إلّا إذا ثبت خلافه، فإن لم يثبت فعلى المدّعى عليه اليمين.

ثمّ فى جميع الدعاوى المذكورة إن كان هناك حاكم يقبله الخصمان يتحاكمان إليه، و إلّا فيكون كسائر الدعاوى التى لا حاكم فيها، فلا تسلّط لمن عليه الإثبات على خصمه، بل يعمل بالأصل حتى يظهر الأمر.

و قد يستشكل فى سماع هذه الدعاوى أيضا بإيجابه إهانة الحكّام و تزهّدهم فى الحكم.

و إيجابه للعسر و الحرج.

---

(۱) الشيخ فى المبسوط ۸: ۱۰۳، و المحقق فى الشرائع ۴: ۸۳، ۱۰۷. المسالك ۲: ۳۶۰.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۸۷

و إفضائه إلى التسلسل.

و يجاب عن الأول: بمعارضته بإيجاب عدم السماع لإبطال حقوق الناس، مع أنّه إن ثبت ما يدّعيه فلا بأس بالإهانة، بل ينبغى أن

یستهان، و إلّا فلا إهانة، بل ربّما یوجب العزّة.

و الثانی: بمعارضته أیضا بإیجاب العسر و الحرج علی الناس فی تضییع حقوقهم لو لم تسمع.

و الثالث: بمنع الإفضاء.

و لو ادّعی المحكوم علیه حكم الحاكم بالفاسقین «۱»- مع عدم علمه بفسقهما و خطئه فی التعدیل من غیر تقصیر منه- فلا یسمع، لأنّ المناط فی الحكم: العدالة عند الحاكم دون غیره.

نعم، لو أراد تبیین فسقهما عند الحاكم نفسه بعد حكمه فظاهرهم سماعه و نقض حكمه لو ثبت عنده. و یجیء تحقیقه.

و لو ادّعی علی الحاكم- القاضی بعلمه بالواقعة أو بعدالة الشهود أو نحوهما- كذبه لم یسمع منه، لأنّ قوله حجّة.

المسألة الثامنة: لو تبیّن خطإ القاضی فی دم أو قطع عضو أو مال

، فإن لم یجر الحكم بعد فی الأولین یمنع من إجرائه، أو كانت العین باقیة فی الثالث و لو عند المحكوم له فتستردّ.

و إن كان بعد جریان الحكم و تلف العین، فإن ثبت جور القاضی عمدا أو تقصیره فی الاجتهاد ضمن، و الوجه واضح.

و إن كان مع ذلك خصومة المحكوم له عدوانا، فإن كان هو مباشرا

---

(۱) یعنی بشهادة الفاسقین.

للقطع أو القتل أو الإتلاف فهو الضامن، لتقدیم المباشر علی السبب، و إن لم یكن مباشرا- كما إذا حكم القاضی بعد دعواه فقتل أو قطع وكیل المحكوم له- فیحتمل جواز رجوع المحكوم علیه إلی كلّ من القاضی و الخصم.

و إن كانت خصومته جهلا بالمسألة فالظاهر أنّ الضمان علی القاضی.

و إن كان الحكم من القاضی بعد بذل جهده فلا ضمان علیه أصلا، للأصل و عدم الدلیل. بل علی بیت المال إن كان فی دم أو قطع، لروایة الأصبغ بن نباتة: «ما أخطأت القضاة فی دم أو قطع فعلی بیت مال المسلمین» «۱».

و إن كان فی مال، فمع بقاء عینه یستردّ، و إن كانت تالفة فالمصرّح به فی كلام جماعة أنّه أیضا علی بیت المال، فإن ثبت إجماع مركّب فیه، و إلّا فالحكم به مشكل، لاختصاص النص بالدم و القطع.

و لا یبعد كونه علی المحكوم له إن كانت خصومته عدوانا، و عدم ضمان أحد إن كان جهلا.

و كذا فیما علی بیت المال إذا لم یكن هناك بیت مال، للأصل، و عدم دلیل علی تضمین شخص.

نعم، فی صحیحة عبد الرحمن بن الحجّاج: قال: كان أبو عبد اللّه علیه السّلام قاعدا فی حلقة ربیعة الرأی، فجاء أعرابی سأل ربیعة الرأی، فأجابه، فلمّا سكت [قال له الأعرابی: أ هو فی عنقك؟ فسكت] «۲» ربیعة و لم یردّ علیه شیئا، فأعاد المسألة علیه، فأجابه بمثل ذلك، فقال

---

(۱) الفقیه ۳: ۵- ۱۶، التهذیب ۶: ۳۱۵- ۸۷۲، الوسائل ۲۷: ۲۲۶ أبواب آداب القاضی ب ۱۰ ح ۱.

(۲) أثبتناه من المصدر.

الأعرابی: أ هو فی عنقك؟ فسكت عنه ربیعة، فقال أبو عبد اللّه علیه السّلام: «هو فی عنقه» قال: «أو لم یقل، و كلّ مفت ضامن» «۱».

و لكنّ الظاهر منها أنّ المراد بالضمان: كون إثمه و أجره فى عنقه، و إلّا فمجرّد الإفتاء لا- يوجب الضمان، أو المراد: الضمان مع التقصير و الخطأ، إذ لا ضمان بدونهما إجماعا، فتأمّل.

المسألة التاسعة: لو ترافعا عند مجتهد و تمّ قضاؤه لا يجوز لهما الترافع عنده أو عند غيره ثانيا فى هذه الواقعة بخصوصها

، و لو ترافعا لا يجوز للحاكم سماع الدعوى فيه إلّا إذا ادّعى خطأ و نحوه، و هى دعوى اخرى.

و لو لم يتمّ القضاء يجوز الترافع عند الغير، و لا يجب عليهما الإتمام عند الأول، فلو أقام مدّع شهوده عند مجتهد لم يعرفهم و طلب التزكية يجوز للمدّعى ترك المرافعة عنده و الترافع عند حاكم آخر يعرفهم، للأصل، و عدم دليل على التعيين بالشروع فى المرافعة أصلا.

المسألة العاشرة: إذا كان الحاكم عالما بالحقّ

، فإن كان إمام الأصل فيقضى بعلمه مطلقا إجماعا، و إن كان غيره فكذلك على الحقّ المشهور كما صرّح به جماعة، بل عن الانتصار و الغنية و الخلاف و نهج الحق و ظاهر السرائر: الإجماع عليه «۲».

لأدلّة وجوب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر.

و القول باختصاصها بما إذا كانت الدعوى عدوانا و ظلما، فلا تجرى

---

(۱) الكافى ۷: ۴۰۹- ۱، الوسائل ۲۷: ۲۲۰ أبواب آداب القضاء ب ۷ ح ۲.

(۲) الانتصار: ۲۳۷، الغنية (الجوامع الفقهية): ۶۲۴، الخلاف ۲: ۶۰۲، نهج الحق: ۵۶۳، السرائر ۲: ۱۷۹.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۹۰

فيما إذا جهل المدّعى أو المنكر الحقّ.

غير صحيح، لأنّ الاختصاص إنّما هو فى النهى عن المنكر، و أمّا الأمر بالمعروف فجار فى جميع الصور.

و لعموم أدلّة الحكم مع وجود الوصف المعلّق عليه، كقوله تعالى:

وَ السَّارِقُ وَ السَّارِقَةُ «۱» و الزَّانِيَةُ وَ الزَّانِي «۲».

و قوله تعالى فَاجْلِدُوهُمْ ثَمانِينَ جَلْدَةً «۳».

و أدلة إعانة الضعيف و إغاثة الملهوف و دفع الظلم عن المظلوم، فإنّ كلّ ذلك يدلّ على المطلوب.

و يدلّ عليه أيضا قوله سبحانه وَ مَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِما أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولئِكَ هُمُ الْكافِرُونَ- فَأُولئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ- فَأُولئِكَ هُمُ الْفاسِقُونَ «۴»، فإنّ العالم بالحقّ إن سكت فيكون ممّن لم يحكم بما أنزل اللّه، و إن حكم بغير ما يعلم فكذلك بزيادة الحكم بغير ما أنزل اللّه.

و قوله تعالى إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَماناتِ إِلى أَهْلِها وَ إِذا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ «۵».

و ظاهر أنّ كلّا من السكوت و الحكم بغير ما يعلم حقّا ترك للحكم بالعدل الذى هو المأمور به.

و قوله عزّ و جلّ يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ «۶».

---

(۱) المائدة: ۳۸.

(۲) النور: ۲.

(۳) النور: ۴.

(۴) المائدة: ۴۴، ۴۵، ۴۷.

(۵) النساء: ۵۸.

(۶) النساء: ۱۳۵.

و قوله عزّ و جلّ یا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا کُونُوا قَوَّامِینَ لِلَّهِ «۱».

فإنّ جمیع ما ذکر یدلّ علی وجوب الحکم بما یعلم أنّه حقّ، و أنه معروف، و أنّه ما أنزل اللّه، علی کلّ أحد. إلّا أنّ نفوذه منه و وجوب اتّباعه و إمضائه یحتاج إلی الدلیل، حیث إنّه خلاف الأصل، و الدلیل فی أهل الحکم موجود، فیجب علیه الحکم، و یجب علی الناس اتّباعه.

و یدلّ علیه أیضا قوله فی مرفوعة البرقی المتقدّمة: «رجل قضی بالحقّ و هو یعلم فهو فی الجنّة» «۲»، دلّت علی جواز الحکم للعالم، و دلّت أدلّة نفوذ حکم الحاکم علی وجوب اتّباعه.

و یمکن أن یستدلّ له أیضا بروایة أبی ضمرة: «أحکام المسلمین علی ثلاثة: شهادة عادلة، أو یمین قاطعة، أو سنّة ماضیة من أئمّة الهدی» «۳»، فإنّ سنّتهم کانت قضاءهم بما یعلمون کما دلّت علیه الأخبار.

و بصحیحة زرارة: فی قوله تعالی یَحْکُمُ بِهِ ذَوا عَدْلٍ مِنْکُمْ «۴» «فالعدل رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله و الإمام من بعده یحکم به فهو ذو عدل، فإذا علمت ما حکم به رسول صلّی اللّه علیه و آله و الإمام فحسبک و لا تسأل عنه» «۵».

و تدلّ علیه أیضا روایة الحسین بن خالد: «الواجب علی الإمام إذا نظر إلی الرجل یزنی أو یشرب خمرا أن یقیم علیه الحدّ، و لا یحتاج إلی

---

(۱) المائدة: ۸.

(۲) فی ص ۸ و ۹.

(۳) الکافی ۷: ۴۳۲- ۲۰، التهذیب ۶: ۲۸۷- ۷۹۶، الخصال: ۱۵۵- ۱۹۵، الوسائل ۲۷: ۲۳۱ أبواب کیفیة الحکم ب ۱ ح ۶.

(۴) المائدة: ۹۵.

(۵) التهذیب ۶: ۳۱۴- ۸۶۷، الوسائل ۲۷: ۷۰ أبواب صفات القاضی ب ۷ ح ۲۶.

بیّنة مع نظره، لأنّه أمین اللّه فی خلقه» «۱» الحدیث.

و لا یضرّ احتمال إرادة إمام الأصل، لعموم العلّة، فإنّ العالم أیضا أمین اللّه، کما فی روایة إسماعیل بن جابر: «العلماء أمناء» «۲».

و فی روایة السکونی: «الفقهاء أمناء الرسل ما لم یدخلوا فی الدنیا» «۳» الحدیث.

و المرویّ فی تحف العقول، و فیه: «مجاری الأمور و الأحکام علی أیدی العلماء باللّه الامناء علی حلاله و حرامه» «۴».

و یدلّ علیه أیضا ما ذکره السیّد من إطباق الإمامیّة علی إنکارهم علی أبی بکر فی توقّفه علی الحکم لفاطمة، مع علمه بعصمتها و طهارتها و أنّها لا تدّعی إلّا حقا «۵».

و قد یستدلّ أیضا بوجوه أخر غیر تامّة، کالإجماع المنقول.

و كون العلم أقوى من البيّنة.

و استلزام عدمه إمّا إيقاف الأحكام أو فسق الحكّام، لأنّهم إن حكموا بخلاف معلومهم يلزم الفسق، و إلّا الإيقاف.

فإنّ فى الأول: عدم الحجّية.

و فى الثانى: عدم معلوميّة العلّة فى البيّنة حتى يقاس عليها العلم.

و فى الثالث: منع الفسق إذا لم يدلّ دليل على جواز حكمه بعلمه.

---

(۱) الكافى ۷: ۲۶۲- ۱۵، التهذيب ۱۰: ۴۴- ۱۵۷، الاستبصار ۴: ۲۱۶- ۸۰۹، الوسائل ۲۸: ۵۷ أبواب مقدمات الحدود ب ۳۲ ح ۳.

(۲) الكافى ۱: ۳۳- ۵.

(۳) الكافى ۱: ۴۶- ۵.

(۴) تحف العقول: ۱۶۹.

(۵) الانتصار: ۲۳۸.

خلافا لما حكاه السيّد و جماعة عن الإسكافى، فلم يجوّز عمل غير الإمام بعلمه مطلقا «۱»، بل ربّما ينسب إليه عدم تجويزه عمل الإمام أيضا.

و نسب فى شرح المفاتيح القول بعدم جواز عمل غير الإمام إلى السيّد. و هو غريب، فإنّه ادّعى إطباق الإماميّة على الجواز، و غلّط الإسكافى أشدّ التغليط و خطّأه.

و للمحكيّ عن ابن حمزة، فخصّ الجواز بحقوق الناس «۲»، و حكى ذلك عن الحلّى أيضا «۳»، و كلامه فى قضاء السرائر عامّ «۴».

و للمحكيّ عن الإسكافى فى المختصر الأحمدى، فخصّه بحقوق اللّه «۵».

و لا مستند لشيء من هذه الأقوال، إلّا اعتبارات ضعيفة أو وجوه مرجوحة، لا تصلح لمعارضة ما مرّ.

كما أنّه يستدلّ للأول: بأنّه موضع التهمة و موجب لتزكية النفس.

و للثانى: بالنبوىّ فى قضية الملاعنة: «لو كنت راجما بغير بيّنة لرجمتها» «۶».

و بمثل قوله فى الروايات المستفيضة: «لا يرجم الزانى حتى يقرّ أربع مرّات بالزنا إذا لم يكن شهود» «۷».

---

(۱) كما فى الانتصار: ۲۳۷، و حكاه أيضا الفاضل المقداد فى التنقيح ۴: ۲۴۲.

(۲) الوسيلة: ۲۱۸.

(۳) حكاه فخر المحققين فى الإيضاح ۴: ۳۱۳، و السبزوارى فى الكفاية: ۲۶۳.

(۴) السرائر ۲: ۱۷۹.

(۵) كما فى المسالك ۲: ۳۵۵.

(۶) سنن ابن ماجه ۲: ۸۵۵- ۲۵۶۰، مسند أحمد ۱: ۳۳۶.

(۷) الوسائل ۲۸: ۱۰۳ أبواب حد الزنا ب ۱۶.

و قوله: «لا يرجم الرجل و المرأة حتى يشهد عليه أربعة شهود» «۱».

و للثالث: بمثل رواية البصرى: خبّرنى عن الرجل يدّعى قبل الرجل الحقّ، فلا تكون له بيّنة بماله، قال: «فيمين المدّعى عليه» «۲»، حيث

ترك الاستفصال فيها.

و مرسلة يونس: «استخراج الحقوق بأربعة وجوه: بشهادة رجلين عدلين، فإن لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان، فإن لم يكن امرأتان فرجل و يمين المدّعى، فإن لم يكن شاهد فاليمين على المدّعى عليه» «3» الحديث.

و بالأخبار القائلة بأنّ البيّنة على المدّعى و اليمين على من أنكر «4».

و فى الأول: منع الكلّية.

و فى الثانى: عدم ثبوت الرواية.

و فى البواقى: أنّها معارضة لما مرّ، و ما مرّ راجح بموافقة الكتاب و عمل الأصحاب و أصل الجواز. و به يجاب أيضا عن دليل اتقاء موضع التهمة فيما كان محلّا للتهمة، إلّا أن يوجب عسرا و حرجا أو ضررا، فيمكن حينئذ نفى الوجوب.

هذا، مع إمكان منع اختصاص البيّنة فى عرفهم بالشاهد و عدم صدقه على علم الحاكم.

---

(1) الكافى 7: 184- 4، التهذيب 10: 2- 1، الاستبصار 4: 217- 812، الوسائل 28: 95 أبواب حد الزنا ب 12 ح 4.

(2) الكافى 7: 415- 1، التهذيب 6: 229- 555، الفقيه 3: 38- 128، الوسائل 27: 236 أبواب كيفية الحكم ب 4 ح 1.

(3) الكافى 7: 416- 3، التهذيب 6: 231- 562، الوسائل 27: 241 أبواب كيفية الحكم ب 7 ح 4.

(4) الوسائل 27: 233 أبواب كيفية الحكم ب 3. مستند الشيعة فى أحكام الشريعة ج‌17 95 المسألة العاشرة: إذا كان الحاكم عالما بالحق ..... ص : 89

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج‌17، ص: 95

و إمكان اختصاص الاستخراج بما يحتاج إليه، و المعلوم للحاكم لا يحتاج إلى استخراج.

مع أنّ مدلول أخبار البيّنة و اليمين أنّ كلّ بيّنة فهى على المدّعى، لا أنّ كلّ مدّع تجب عليه البيّنة.

مع أنّ الظاهر منها أنّها فى صورة الجهل بالواقعة، فالبيّنة شأنها التبيين و لا تبيين فى المبيّن.

هذا، ثمَّ إنّ المانع من القضاء بالعلم استثنى صورا:

منها: تزكية الشهود و جرحهم.

و منها: الإقرار فى مجلس القضاء و إن لم يسمعه غيره.

و منها: إقرار الخصم مطلقا.

و منها: العلم بخطإ الشهود و كذبهم يقينا.

و منها: تعزير من أساء أدبه فى مجلسه و إن لم يعلم غيره.

و منها: أن يشهد معه آخر، فإنّه لا يقصر عن شاهد، و اللّه العالم.

المسألة الحادية عشرة: لو جنّ الفقيه أو أغمى عليه أو فسق ثمَّ عاد إلى الحالة الأولى، تعود نيابته و ولايته

من غير نزاع على الظاهر، كما قاله المحقّق الأردبيلى، لدخوله بعد العود تحت العمومات و الإطلاقات.

و أمّا ما ترى فى كتب الأصحاب- من الخلاف فى ذلك، و فتوى الأكثر بعدم العود- فإنّما هو فى القاضى المنصوب من قبل الإمام الثابت قضاؤه بالتخصيص دون التعميم.

المسألة الثانیة عشرة: إذا کان تنازع المتخاصمین عند حاکم فی أمر لاختلاف المجتهدین فیه:

اشاره

کأن یتنازع الولد الأکبر مع غیره فی أخذ الحبوة مجّانا أو بحساب

مستند الشیعة فی أحکام الشریعة، ج۱۷، ص: ۹۶

إرثه، أو فیما یحبی به.

أو ادّعی أحد الشرکاء الثلاثة الشفعة و أنکرها الآخران.

أو تنازع المتبایعان فی نجاسة المبیع و عدمها.

أو تنازعت البکر و ولیها فی الاستقلال فی العقد و عدمه.

أو تنازعا فی دیة جنایة اختلف العلماء فی مقدارها. إلی غیر ذلک.

یجب علی الحاکم المترافع إلیه الحکم فی الواقعة بمقتضی رأیه و فتواه إجماعا، لأنّه حکم اللّه عنده و فی حقّ کلّ من یقلّده أو یترافع إلیه.

و لا یفید تقلید أحدهما مجتهدا آخر یخالف رأیه رأی ذلک المجتهد، أو کونه مجتهدا مخالفا لذلک المجتهد، إذ لم یثبت- من أدلّة وجوب عمل المجتهد باجتهاده أو المقلّد باجتهاد مجتهده- الوجوب فی ترتّب الأثر، حتی فی موضع مزاحمة حقّ غیره، لو بنی ذلک الغیر علی اجتهاد مخالف لاجتهاده.

و الحاصل: أنّ الثابت لیس أزید من ترتّب آثار اجتهاده أو تقلیده فیما هو حقّ نفسه ممّا لیس له مزاحم من حقوق الغیر، و إلّا فلا دلیل.

ثمّ المراد برأیه و فتواه لیس ما هو فتواه فی جمیع أجزاء الواقعة المتنازع فیها، فإنّه قد تکون فتواه فیها وجوب البناء علی فتوی غیره فی جزء منها فیجب اتّباعها، فإنّ فتوی کلّ مجتهد صحّة عمل مجتهد آخر أو مقلّده إذا بناه علی رأی ذلک المجتهد الآخر و عمل به فیه، فیجب الحکم بمقتضاه لو کان کذلک.

فإذا کانت الواقعة بحیث لم یتحقّق من أحد المتنازعین فیها بناء علی أمر بتقلید مجتهد، فیجب فیها الحکم فی أصل الواقعة بمقتضی فتوی الحاکم و رأیه فیها.

مستند الشیعة فی أحکام الشریعة، ج۱۷، ص: ۹۷

و إن تحقّق فیها بناء علی أمر بتقلید غیره، فیجب الحکم بمقتضی ذلک البناء، لأنّ فتوی الحاکم أیضا علی صحّة ذلک الأمر حینئذ و ترتّب الأثر علیه.

فإذا تنازع شخصان فی أخذ الحبوة مجّانا أو بإزاء إرثه ابتداء قبل بنائهما فیها علی تقلید مجتهد، یجب علی الحاکم المفتی بالأخذ مجّانا الحکم به.

و لو کان المتنازعان مقلّدین لمجتهد یعطیها بإزاء الإرث فعملا بها فی الواقعة، و أخذ الکبیر بإزاء إرثه بتقلید مجتهده و أعطاه سائر الورثة بإزائه أیضا بتقلیده، ثمّ تنازعا فیها بعد ذلک عند الحاکم المذکور، یجب علیه الحکم بکونها بإزاء الإرث، لا لأجل أنّه فتواه مطلقا، بل لأجل أنّهما قلّدا المجتهد الآخر و عملا به، و انتقل المحبوّ بإزاء الإرث إلی المحبوّ له، و ما بإزائه إلی سائر الورثة، و فتوی الحاکم أیضا علی الانتقال المذکور بالتقلید المذکور، و توقّف رفع حکم الانتقال إلی ناقل آخر، فیحکم بمقتضی هذه الفتوی بأنّها بإزاء الإرث.

و کذا لو کان المتنازعان فی الشفعة مقلّدین لمن یری الشفعة فی الشرکاء الثلاثة، فلو تنازعا قبل بنائهما علی أخذ الشفیع المشفوع

بتقليد مجتهده، و ترافعا عند من لا يرى ثبوت الشفعة حينئذ، يحكم ذلك بسقوط الشفعة.

و لو بنيا الأمر على تقليد الأول، و أخذ الشفيع المشفوع بتقليده، و رضى به الشريك تقليدا له أيضا، ثمَّ تنازعا عند نافى الشفعة، يجب عليه الحكم بكون المشفوع لآخذ الشفعة، لأنّه أخذه بتقليد من يقول بثبوتها و إعطاء الشريك الآخر أيضا بتقليده، فصار المشفوع ملكا للشفيع بفتوى

ذلك المترافع إليه أيضا، فيحكم بمقتضاه.

و كذا لو باع شخص الصيد المقتول بالتّفنك «١» لأجل كونه مذكّى عنده بفتوى من يرى حلّيته، و اشتراه المشترى أيضا بتقليده، و أجريا العقد، ثمَّ وقع بينهما التنازع، و ترافعا عند من لا يرى حلّيته، يجب عليه الحكم بصحّة البيع، لأنّ فتواه صحّة بيعه للمجتهد المفتى بحلّيته و طهارته و لمقلّده، و قد وقع ذلك من المتبايعين الكذائيين، فيكون صحيحا ممضى عنده أيضا. و هكذا فى جميع الوقائع.

نعم، يشترط حينئذ فى الحكم بالصحّة فى تلك الموارد عمل المتنازعين معا بمقتضى فتوى المجتهد الآخر، و لا يكفى تقليد أحدهما، لما مرّ من عدم دليل على كفاية تقليد أحدهما فيما يكون الأمر بين اثنين.

نعم، لو لم تكن الواقعة ممّا يكون الأثر المترتّب على العمل بين المتنازعين، فيكفى تقليد أحدهما، كمسألة عقد البكر نفسها أو الولىّ، فلو عقدت البكر نفسها لزوج بتقليد مجتهد يرى استقلالها، و قبله الزوج بتقليده أيضا، ثمَّ تنازع الولىّ عند من يرى استقلاله، يجب الحكم بصحّة العقد، إذ لا تعلّق للولىّ فى أثر العقد الذى هو حلّية البضع، و لا يحتاج تقليد البكر إلى رضى الولىّ.

و لو كان الحاكم فى الأمثلة المذكورة فى المعاملات ممّن لا يقول بلزوم التقليد فى المعاملات، بل يكتفى بالمطابقة لرأى مجتهد، فبنى المتنازعان الأمر أولا على أحد الطرفين، يجب على هذا الحاكم الحكم بصحّته بناء على رأيه أيضا.

---

(١) كلمة فارسية تعنى: البندقية.

و كذا لو اكتفى بالتقليد اللّاحق على العمل و قلّدا بعد العمل أيضا.

و هكذا.

و المحصّل: أنّه يجب على الحاكم المترافع إليه أن يستخرج الأول فتواه فى كلّ الواقعة المتنازع فيها و يحكم بمقتضاها، سواء كانت مطابقة لفتواه فى جزء الواقعة أو لا، فيرى أنّه إذا سئل منه: ما رأيك فى الحبوة إذا تنازع فيها الورثة؟ يفتى بأنّها للأكبر مجّانا، فيحكم به فى الواقعة إذا تنازعا قبل رضاء الطرفين و بنائهما على تقليد، إذ ليس للواقعة جزء آخر.

و لو بنى المتنازعان فيها على تقليد من لا يرى مجّانا، فيزيد فى الواقعة جزء آخر، لأنّ التنازع إنّما هو فى الحبوة التى بنيا فيها الأمر على تقليد.

و يرى أنّه إذا سئل عنه: ما رأيك فى الحبوة التى أخذها الأكبر مجّانا بتقليد من يراها كذلك و أعطاها سائر الورثة أيضا كذلك، فهل يصير مالا حلالا له؟ يفتى بأنّها ماله، فيجب الحكم به فى الواقعة أيضا.

و لو سئل: أنّه لو أخذها الأكبر بتقليد من يراها مجّانا و لكن لم يرض به الباقون؟ فيفتى بأنّه لا يكفى تقليده فقط.

و يرى أنّه إذا سئل: ما فتواك فى حقّ باكرة زوّجت نفسها بشخص بتقليدهما لمن يرى استقلالها؟ يفتى بالصحّة، فيجب عليه الحكم بها أيضا بعد وقوع العقد، و لو فرض أنّ فتواه على عدم الصحّة فيحكم به أيضا.

و لو تنازع الجانى و المجنىّ عليه فى قدر الدّية المختلف فيها عند حاكم فيجب حكمه بمقتضى رأيه، و لا يفيد هنا بناء أحدهما أو كليهما على فتوى غيره، إلّا إذا عملا بها و أعطى الجانى الدية بمقتضاها و أخذها المجنىّ عليه كذلك.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۱۰۰

و بالجملة: اللّازم على الحاكم فى جميع الوقائع تصوير فتواه فى كلّ الواقعة إذا سئل عنها فيها و الحكم بها.

فرع: لو ترافع المتنازعان فى أمر

قبل بنائهما على أحد الطرفين بالتراضى أو إجراء عقد فيه، و حكم الحاكم بمقتضى رأيه، فهل يجوز للمتنازعين بعده البناء على تقليد الآخر فى هذه الواقعة لو رضيا و يترتّب عليه أثره، أم لا؟

الظاهر: الثانى، لاستقرار الأمر على ما حكم به فلا ينقض، فلو حكم الحاكم بإحباء شىء للولد الأكبر أو بكونه له مجانا بعد الترافع أو بسقوط الشفعة، فلو تراضيا بخلافه بعد ذلك لم يترتّب عليه أثر، فلا يصير الأخذ بالشفعة لازما، و لا الشىء المحبوّ ملكا لغير الكبير، بل لو أرادوا اللزوم احتاج إلى عقد آخر ناقل شرعىّ، كبيع أو صلح أو هبة.

المسألة الثالثة عشرة: قد عرفت أنّه يجب على الحاكم إمضاء حكم حكم به حاكم آخر مقبول الحكم عنده

فى واقعة خاصّة، و لا يجوز له نقضه. و الظاهر أنّه إجماعىّ، و نقل الإجماع عليه مستفيض، و الأخبار تدلّ عليه كما مرّ. و المراد بإمضائه: العمل بمقتضاه.

و لو أنكر المحكوم عليه حقّ المحكوم له فحضرا عند الحاكم الثانى و ادّعى المحكوم له الحقّ و أنكر غريمه و تمسّك المحكوم له بحكم الحاكم الأول، يجوز للثانى الحكم به له أيضا، كما يجوز له الحكم بالبيّنة و الحلف.

و الحاصل: أنّ الحكم السابق أيضا طريق لإثبات الحقّ كالبيّنة و اليمين و الإقرار.

و يمكن أن يكون قوله فى بعض الروايات المتقدّمة: «أو سنّة قائمة»

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۱۰۱

إشارة إلى ذلك أيضا، فإذا سمع الدعوى و الإنكار و ظهر له الحكم السابق ظهورا علميّا يحكم له ثانيا لأجل ذلك الحكم، إذ بعد علمه و فتواه بوجوب اتّباعه و عدم جواز ردّه يكون ذلك حكم اللّه فى حقّهما عنده، فيجب عليه الحكم بمقتضاه.

و قد يقال: إنّه و إن وجب إمضاؤه عليه، و لكن لا يجوز له الحكم، لجواز ابتناء الأول على فتوى مخالفة لرأيه.

و أنا لا أفهم وجوب الإمضاء و عدم وجوب الحكم بمقتضاه، بل هما متلازمان، و لا مخالفة للرأى أبدا، إذ كون كلّ ما حكم به المجتهد على أحد الخصمين و له بعد الترافع حكم اللّه فى حقّهما إجماعىّ، بل ضرورىّ لا يحتمل المخالفة، فرأى كلّ مجتهد أنّ هذا حكم اللّه فى حقّهما و فتواه على ذلك، و إن خالفه مع قطع النظر عن ذلك الحكم، و لكنّه غير المورد.

و كذا لا أتفهّم معنى ما قيل من أنّه يجب عليه الإمضاء و لا يجوز له الحكم بصحّته، لجواز مخالفته لنفس الأمر، لاحتمال كذب المدّعى و الشهود أو خطئهم.

و فيه: أنّ الصحّة هنا ليست إلّا ترتّب الأثر شرعا، و هو لازم وجوب الإمضاء، فلا معنى لوجوب أحدهما و عدم وجوب الآخر.

نعم، لو أراد بعدم جواز الحكم بالصحّة الحكم بمطابقة الواقع و نفس الأمر، فهو كذلك، و لكنّه كذلك بالنسبة إلى حكم نفسه أيضا.

و لا فرق فى وجوب الإنفاذ بين ما إذا كان الحاكم الأول حيّا باقيا على شرائط القضاء، أو غير باق، بأن صار فاسقا بعد الحكم قبل الإنفاذ أو مجنونا أو كان ميّتا.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۱۰۲

و تفرقة بعضهم «۱» بين الموت و الفسق- بوجوب الإنفاذ على الأول دون الثانى و إن كان الثانى أيضا ماضيا لو طرأ الفسق بعد

الإنفاذ- لا وجه لها، كما صرّح به المحقّق الأردبيلى.

ثمّ إنّ ما ذكرنا من وجوب الإنفاذ و الحكم بمقتضاه إنّما هو إذا علم الحاكم الثانى بالحكم الأول، إمّا بحضوره مجلس الحكم و سماعه الدعوى و الإنكار و المرافعة و الحكم، أو ثبت ذلك عنده ثبوتا علميا بأخبار متواترة أو محفوفة بقرائن مفيدة للعلم.

و فى حكم العلم إقرار المتخاصمين، لنفوذ إقرار العقلاء على أنفسهم.

و الظاهر أنّه إجماعىّ، و لا كلام فى شىء من ذلك.

و إنّما الكلام فيما إذا لم يعلم الحاكم الثانى بالحكم الأول، بل ظنّه بإحدى الطرق المورثة للمظنّة، فهل يجب عليه الإمضاء، أم لا؟ و الطرق التى اختلفوا فيها ثلاثة:

الأول: مجرّد الكتابة، بأن يكتب قاض إمّا مطلقا أو إلى خصوص حاكم آخر: أنّ فلانا حضر مجلس الحكم و ادّعى على فلان و حكمت له أو عليه بالمدّعى. أو كتب: إنّى حكمت على فلان بكذا.

و لا خلاف فى عدم اعتبارها لو كان المحكوم به من حقوق اللّه، بل ادّعى عليه الإجماع، لوجوب درئها بالشبهة.

و لو كان من حقوق الناس، فالمشهور فيها أيضا ذلك، بل قيل:

بلا خلاف يوجد إلّا من الإسكافى «۲»، بل عن السرائر و المختلف و القواعد

---

(۱) كما فى المسالك ۲: ۳۸۱.

(۲) كما فى رياض المسائل ۲: ۴۰۸.

و فى التحرير: الإجماع عليه «۱».

للأصل، و روايتى طلحة «۲» و السكونى «۳»: «إنّ عليا عليه السّلام كان لا يجيز كتاب قاض فى حد و لا فى غيره، حتى وليت بنو أميّة فأجازوا بالبيّنات».

و ضعفهما- لو كان- منجبر بالشهرة العظيمة و الإجماعات المحكيّة و الأدلّة القاطعة من الكتاب و السنّة المانعة من العمل بالمظنّة، فإنّ مجرّد الكتاب لا يفيد أزيد منها، لاحتمال التزوير، أو عبث الكاتب و عدم قصد ما فيها، و غير ذلك من الاحتمالات.

خلافا للمحكىّ عن الإسكافى، فقال باعتبارها فى حقوق الناس «۴».

و ظاهر المحقّق الأردبيلى الميل إليه، بل فى حقوق اللّه أيضا، قال- بعد نقل قول الإسكافى-: و ذلك غير بعيد، إذ قد يحصل الظنّ المتاخم للعلم أقوى من الذى حصل من الشاهدين بالعلم بالأمن من التزوير و أنّه كتب قصدا لا غير، فإذا ثبت بأىّ وجه كان- مثل: الخبر المحفوف بالقرائن المفيدة للعلم- يجب إجراؤه من غير توقّف.

و يكون ذلك مقصود ابن الجنيد، و يمكن أن لا ينازعه فيه أحد، و يكون مقصود الباقى: المنع فى غير تلك الصور، بل الصورة التى لم تكن مأمونة من التزوير و لا معلوما كونه مكتوبا قصدا، و لهذا يجوز العمل بالمكاتبة فى الرواية و أخذ المسألة و الحديث.

و بالجملة: لا ينبغى النزاع فى صورة العلم، و يمكن النزاع فى صورة

---

(۱) السرائر ۲: ۱۶۲، المختلف: ۶۹۱، القواعد ۲: ۲۱۶، التحرير ۲: ۱۸۸.

(۲) التهذيب ۶: ۳۰۰- ۸۴۱، الوسائل ۲۷: ۲۹۷ أبواب كيفية الحكم ب ۲۸ ح ۱.

(۳) التهذيب ۶: ۳۰۰- ۸۴۰، الوسائل ۲۷: ۲۹۷ أبواب كيفية الحكم ب ۲۸ ح ۱.

(۴) حكاه عنه فى المختلف: ۷۰۶.

مستند الشیعة فی أحکام الشریعة، ج۱۷، ص: ۱۰۴

الظنّ، و یمکن القول به هناک أیضا إذا کان أقوى من ظنّ الشاهدین، و یکون احتمال النقیض مجرّد التجویز العقلی، مثل: صیرورة أدانی البیوت علماء عالمین بجمیع العلوم، و القول بعدمه فی غیر ذلک.

هذا فی حقوق الناس.

و أمّا فی حقوق اللّه، فیحتمل ذلک أیضا، لما مرّ. و یحتمل العدم للدرء بالشبهات. انتهى.

و ردّ: بأنّ ذلک فرع قیام دلیل قاطع على جواز العمل بالظنّ مطلقا، و لم نجده فی نحو المورد ممّا یتعلّق بالموضوعات و لو کان الظنّ متاخما للعلم، و مجرّد کون ظن الکتابة أقوى من ظنّ الشهادة لا- یوجب قطعیّته و لا- حجّیته، إلّا أن تکون حجّیة الأخیرة من حیث إفادتها المظنّة، و هو ممنوع، بل هی من جهة الأدلّة الأربعة و هی أدلّة قاطعة أو ظنون مخصوصة مجمع علیها.

فلا وجه لقیاس الکتابة على الشهادة، و لا على الروایة و أخذ المسألة، لقیام الأدلّة المخصوصة على حجّیة الظنّ فیهما، و لذا یکتفى فیهما بظنّ ما و لو لم یفد الظنّ الأقوى.

أقول: ما ذکره الرادّ صحیح لا غبار علیه، إلّا أنّ مقتضى کلام الأردبیلی اعتبار الکتابة الموجبة للعلم، کما هو صریح صدر کلامه إلى قوله: و یمکن النزاع فی صورة الظن. و المستفاد من ذیله أیضا، لأنّه اعتبر فیه ما کان احتمال خلافه مجرّد التجویز العقلی و مثل صیرورة الأدانی علماء متبحّرین، و هذا و إن کان ظنّا عند الحکماء، و لکنّه علم عرفا و شرعا، لأنّه

مستند الشیعة فی أحکام الشریعة، ج۱۷، ص: ۱۰۵

العلم العادیّ المجمع على اعتباره شرعا، کما بیّناه فی عوائد الأیّام «۱»، و لا کلام فی اعتبار ذلک.

نعم، یرد علیه حینئذ: أنّه لا وجه لقیاسه على الشهادة و الروایة و أخذ المسألة، لأنّها لیست بهذه المثابة البتّة، و إن کانت حجّیتها معلومة من جهة الأدلّة.

و بالجملة: کلام الأردبیلیّ لا یخلو عن اضطراب، و إن کان الظاهر أنّ مراده العلم العادی، فیرجع نزاعه مع القوم لفظیّا.

الثانی: إخبار الحاکم الأول مشافهة: إنّی حکمت بکذا.

و فی إنفاذه و وجوب اعتباره و عدمهما خلاف:

الأول: للفاضل فی القواعد و الإرشاد، و الشهیدین فی الدروس و المسالک «۲».

و الثانی: للخلاف و النافع «۳».

و تردّد فی الشرائع و التحریر «۴».

دلیل الأول: أنّه ثبت أنّ حکم الحاکم حکم الإمام و الردّ علیه حرام.

و أنّه أقوى من الشاهدین.

و یردّ الأول: بأنّه لا کلام فی وجوب إنفاذ حکم الحاکم، و إنّما الکلام فی أنّه هل یثبت بإخباره بعد الحکم، و لذا قال الأردبیلیّ: و لیس إثباته بقول الحاکم أقوى من إثباته بعدلین، إذ هما عدلان و هو عدل واحد، و قول

---

(۱) عوائد الأیّام: ۱۵۳.

(۲) القواعد ۲: ۲۱۷، الدروس ۲: ۹۲، المسالک ۲: ۳۸۰.

(۳) الخلاف ۲: ۶۰۳، المختصر النافع ۲: ۲۸۳.

(۴) الشرائع ۴: ۹۶، التحریر ۲: ۱۸۸.

مستند الشیعة فی أحکام الشریعة، ج۱۷، ص: ۱۰۶

العدلين حجّة دون الواحد.

و منه يعلم ردّ الثانى أيضا، مع أنّه إنّما يفيد لو كان قبول العدلين لأجل المظنّة، و ليس كذلك.

و دليل الثانى: الأصل، و كون حكم الثانى بمجرّد أخبار الأول حكما بغير علم. و هو كذلك، فالثانى هو الأقوى.

نعم، لو ضمّت مع إخباره قرائن مفيدة للعلم بصدور الحكم يجب اعتباره.

الثالث: الشهادة على حكمه، بأن يشهد عدلان على صدور الحكم منه لفلان على فلان بعد الترافع بكذا و كذا.

و قد وقع الخلاف فيها، فقيل بعدم قبولها مطلقا «١»، و يظهر من المختلف أنّه قول جماعة، قال: و ربّما منع من ذلك جماعة من علمائنا «٢».

للأصل المتقدّم ذكره مرارا.

و لذيل روايتى طلحة و السكونى المتقدّمتين «٣»، حيث قال: «فأجازوا بالبيّنات».

و ردّ الأصل بما يأتى.

و الروايتان بضعفهما سندا الخالى عن الجابر هنا، و دلالة، لظهور سياقهما فى أنّ البيّنة التى كان بنو أميّة يجيزونها إنّما هى على صحّة الكتابة لا على أصل الحكم.

و قيل بعدم القبول إن كانت البيّنة مجرّدة عن الإشهاد- أى

---

(١) كما فى المهذب ٢: ٥٨٧.

(٢) المختلف: ٧٠۶.

(٣) فى ص: ١٠٣.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج‌١٧، ص: ١٠٧

لم يشهدهما الحاكم الأول على حكمه فى الواقعة- و القبول إن أشهدهما، و هو مذهب المحقّق فى النافع «١» بل قيل بعدم خلاف فيه بين الأصحاب كافّة «٢».

أمّا الأول: فلما مرّ من الأصل.

و أمّا الثانى: فلظاهر الإجماع.

و مسيس الحاجة إليه فى إثبات الحقوق مع تباعد البلاد و تعذّر نقل الشهود أو تعسّره، و عدم مساعدة شهود الفرع أيضا على التنقّل، و الشهادة الثالثة غير مسموعة.

و لأنّها لو لم تقبل لبطلت الحجج مع تطاول المدّة، و لأدّى إلى استمرار الخصومة فى الواقعة الواحدة.

و لأنّ الغريمين لو تصادقا أنّ الحاكم الأول حكم بينهما ألزمهما الثانى ما حكم به الأول إجماعا، على الظاهر المصرّح به فى بعض الكلمات، فكذا إذا قامت البيّنة، إذ يثبت بالشهود ما يثبت بالإقرار.

و مال المحقّق الأردبيلىّ إلى القبول مطلقا، لأنّ حكم الحاكم حجّة متّبع يجب إنفاذه و العمل بمقتضاه على أىّ طريق ثبت عند حاكم آخر، سواء كان بإقرار الخصم أو البيّنة، و لعدم تعقّل مدخليّة للإشهاد فى اعتبارها.

أقول:

إن كان هناك دليل على وجوب قبول شهادة العدلين مطلقا كما هو كذلك، أو فى خصوص المورد، فالحقّ القبول مطلقا من غير مدخليّة للإشهاد فيه. و إن لم يكن فالحقّ عدم القبول كذلك.

---

(۱) المختصر النافع: ۲۸۳.

(۲) المسالک ۲: ۳۸۱ قال: إنّه موضع وفاق.

و أمّا التفصیل المذکور فلا أری له وجها مقبولا، إلّا ما قد یضمّ مع أصالة حجّیة شهادة العدلین من ظاهر الإجماع علی عدم القبول هنا مع عدم الإشهاد، أو ما قد یضمّ مع أصالة عدم الحجّیة من ظاهر الإجماع علی القبول مع الإشهاد.

و ما قد یقال من مسیس الحاجة و اقتضاء الضرورة للقبول، و للزوم تقدیر الضرورة بقدرها و اندفاعها بالقبول مع الإشهاد یجب الاقتصار علیه.

و هما ضعیفان جدّا، لمنع الإجماعین، سیّما فی جانب عدم القبول.

و منع مسیس الحاجة أولا، لإمکان حصول العلم بالحکم بواسطة القرائن المنضمّة مع العدل أو العدلین أو جماعة من غیر العدول، سیّما مع الکتابة، و إمکان إشهاد الشاهدین علی شهادة الأصل، و غیر ذلک.

مع أنّه قد لا ترتفع الضرورة بالشهادة مع إشهاد الحاکم أیضا، لعدم تمکّن الشاهدین من المسافرة.

و بالجملة: اللّازم فی هذه المسألة البناء علی حجّیة مطلق شهادة العدلین و عدمها، و سیأتی تحقیقه فی باب الشهادات.

و لکن ذلک إذا شهدا بالحکم، بأن یقولا: کنّا فی مجلس المرافعة، فادعی فلان علی فلان، و أنکر المدّعی علیه أو کان غائبا، فحکم علیه الحاکم بعد الإتیان بما کان علیه فی الترافع.

و کذا لو علما بالدعوی و الترافع بالقرائن ثمَّ سمعا الحکم.

و لکن لو سمعا من الحاکم إخباره بالحکم- أی قال لهما: إنّی حکمت قبل ذلک- لا تقبل الشهادة، لما عرفت من عدم وجوب قبول إخبار الحاکم بنفسه بذلک عند الحاکم الآخر.

و کذا إذا حکم الأول- ثمَّ کتب حکمه فی ورقة فقال للشهود أو

الحاکم الثانی: ما فی هذه الورقة حکمی- لم یجز للشهود أن یشهدوا بالحکم بمجرّد ذلک، و لا للحاکم أن ینفذه لسماعة أو لشهادة هذه الشهود.

و هو ظاهر ممّا تقدّم و صرّح به جماعة، منهم: الفاضل فی الإرشاد، و الأردبیلیّ فی شرحه «۱»، و غیرهما.

نعم، لو کتب صورة حکمه قبل صدوره، ثمَّ قال بمحضر الحاکم الثانی أو الشهود: حکمت لفلان بما فی هذه الورقة، و حفظت الورقة بحیث أمن من التغیّر، یحتمل جواز إنفاذه و قبول الشهادة بها، فتأمّل.

---

(۱) الإرشاد ۲: ۱۴۸، الأردبیلی فی مجمع الفائدة ۱۲: ۲۱۴.

المطلب الثانی فی کیفیة القضاء و الحکم

اشاره

و لاحتیاجه إلی المدّعی و الدعوی و المدّعی علیه و جوابه، و لکلّ منها متعلّقات، فهاهنا سبعة فصول:

الفصل الأول فی بیان شأن القاضی و وظیفته بالنسبة إلی کلّ من المتداعیین أو کلیهما.

اشاره

و فيه مسائل:

المسألة الاولى: لا خلاف فى وجوب التسوية بين الخصوم فى العدل فى الحكم

اشاره

، فلا تجوز التفرقة فيه بين المسلم و الكافر، أو الشريف و الوضيع، أو العادل و الفاسق، أو غيرهم، و الإجماع منعقد عليه، و صريح الكتاب يرشد إليه:

قال اللّه سبحانه إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَماناتِ إِلى أَهْلِها وَ إِذا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ «۱».

و قال عزّ و جلّ يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَداءَ بِالْقِسْطِ

---

(۱) النساء: ۵۸.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۱۱۱

وَ لا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلى أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوى «۱».

و قال جلّ شأنه يا داوُدُ إِنَّا جَعَلْناكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَ لا تَتَّبِعِ الْهَوى «۲»، إلى غير ذلك.

و الأخبار فيه مستفيضة.

و لو كان فى العدل مظنّة الضرر بما لا يرضى به الشارع، يجب ترك الحكم دون الحكم بغير العدل، و مع ظنّه فى الترك أيضا فالظاهر الجواز، و لا يبعد ترجيح أكثر الضررين و أشدّهما.

و هل تجب التسوية بينهما فى غير ذلك من وجوه الإكرام، أم تستحبّ؟

ذهب الصدوقان إلى الأول «۳»، و هو ظاهر النهاية «۴» و صريح المحقّق و الفاضل فى غير المختلف «۵» و نسبه فى المسالك و الروضة و المفاتيح و المعتمد إلى المشهور «۶».

و ذهب الديلمى و الفاضل فى المختلف إلى الثانى «۷». و اختاره الحلّى، و جعل القول بالوجوب توهّم من لا بصيرة له بهذا الشأن «۸».

و ظاهر الكفاية التردّد «۹».

---

(۱) المائدة: ۸.

(۲) سورة ص: ۲۶.

(۳) نقله عنهما فى المختلف: ۷۰۰.

(۴) النهاية: ۳۳۸.

(۵) المحقق فى الشرائع ۴: ۸۰، و الفاضل فى التحرير ۲: ۱۸۳.

(۶) المسالك ۲: ۳۶۵، الروضة ۳: ۷۲، المفاتيح ۳: ۲۵۲.

(۷) الديلمى فى المراسم: ۲۳۰، المختلف: ۷۰۱.

(٨) السرائر ٢: ١٥٧.

(٩) الكفاية: ٢۶۶.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ١١٢

و الحقّ هو: الأول، لقول عليّ عليه السّلام لشريح في رواية سلمة: «ثمّ واس بين المسلمين بوجهك، و منطقك، و مجلسك، حتى لا يطمع قريبك في حيفك، و لا ييأس عدوك من عدلك» «١».

و رواية السكوني عن الصادق عليه السّلام: قال: «قال أمير المؤمنين عليه السّلام:

من ابتلى بالقضاء فليواس بينهم في الإشارة، و في النظر، و في المجلس» «٢».

و مثلها مرسلة الفقيه عن النبيّ صلّى اللّه عليه و آله، و فيها «فليساو» بدل «فليواس» «٣».

و قول النبيّ صلّى اللّه عليه و آله: «من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم في لحظه و إشارته و مقعده، و لا يرفعنّ صوته على أحدهما ما لا يرفع على الآخر» «۴».

و قول الرضا عليه السّلام في فقهه: «و اعلم أنّه يجب عليك أن تساوي بين الخصمين، حتى النظر إليهما، حتى لا يكون نظرك إلى أحدهما أكثر من نظرك إلى الثاني» «۵».

و لأنّ تخصيص أحدهما يوجب كسر قلب الآخر و منعه عن إقامة حجّته.

و الإيراد على الروايات بأنّها ضعيفة سندا، فلا يثبت منها حكم مخالف للأصل.

---

(١) الكافي ٧: ۴١٢- ١، الفقيه ٣: ٨- ٢٨، التهذيب ۶: ٢٢۵- ۵۴١، الوسائل ٢٧: ٢١١ أبواب آداب القاضي ب ١ ح ١.

(٢) الكافي ٧: ۴١٣- ٣، التهذيب ۶: ٢٢۶- ۵۴٣، الوسائل ٢٧: ٢١۴ أبواب آداب القاضي ب ٣ ح ١.

(٣) الفقيه ٣: ٨- ٢٧، الوسائل ٢٧: ٢١۴ أبواب آداب القاضي ب ٣ ح ١.

(۴) سنن البيهقي ١٠: ١٣۵، المسالك ٢: ٣۶۵.

(۵) فقه الرضا «ع»: ٢۶٠، مستدرك الوسائل ١٧: ٣۵٠ أبواب آداب القاضي ب ٣ ح ١.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ١١٣

مردود بعدم ضير هذا الضعف عندنا، سيّما مع صحّة الأولى عمّن أجمعوا على تصحيح ما يصحّ عنه، و انجبارها بالشهرتين.

نعم، غير الأخيرة لا يدلّ إلّا على وجوب التساوي في بعض وجوه الإكرام، فيبقى مثل: التعظيم و التكريم و القيام و الإذن في الدخول، باقيا تحت الأصل.

و الأخيرة و إن كانت عامّة إلّا أنّ الشهرة التي ادّعوها ليست إلّا في بعض الوجوه، لأنّه المصرّح به في كلام الأكثر، فلا يبعد تخصيص الوجوب بما في غير الأخيرة، إلّا أنّ المستفاد من التعليل في الأولى التعميم، فهو «١» الأقرب.

و احتجّ الآخرون أمّا على نفي الوجوب فبالأصل، و أمّا على الاستحباب فبالروايات المتقدّمة، حيث يسامح في أدلّة السنن. و جوابه قد ظهر.

فروع:

أ: الأمر بالمواساة في الوجه يشمل المواساة «٢» في التوجّه و عدمه،

و طلاقة الوجه و عدمها، و إن كان الظاهر منها هو الأول.

و بالمواساة فى المنطق يشمل المواساة فى الكميّة و الكيفيّة، و يعمّ ما يتعلّق بالدعوى و غيره من أنواع التكلم.

و بالمواساة فى المجلس يشمل المواساة «٣» فى القرب و كيفيّة الجلوس.

---

(١) فى «ح»: و هو.

(٢) فى «ق» و «س»: المساواة.

(٣) فى «ح»: المساواة.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ١١٤

ب: لو دخل الخصمان قبل إظهار الدعوى و جلس أحدهما أقرب إلى الحاكم،

يجب عليه أن يسوّى بينهما بعد الإظهار أيضا.

و إذا رضى الأدون مجلسا بما هو عليه فهل تسقط شرعيّة المساواة، أم لا؟

فيه وجهان، من: أنّ الحكمة فى الأمر بالمساواة هو عدم طمع القريب و عدم كسر قلب البعيد.

و من: إطلاق الروايات و عدم المقيّد.

و الأوجه الثانى، لإمكان تعدّد العلّة، و إطلاق غير المعلّلة من الروايات.

ج: عدّوا من وجوه الإكرام: الإنصات،

و المراد به: الإصغاء إلى كلامه.

و الحكم بوجوبه أو استحبابه- لعموم الرضوى و التعليل- ظاهر.

د: و عدّوا منه: التسوية فى السلام عليهما و الجواب لهما إن سلّما معا، و هو كذلك،

لما مرّ.

و لو سلّم أحدهما دون الآخر يجب الجواب لمن سلّم، و لا يجب شىء للآخر.

و لو ابتدأ أحدهما بالسلام، فهل يجب أو يستحبّ تأخير الجواب رجاء لأن يسلّم الآخر، أم لا؟

اختار فى المسالك: الأول، إذا لم يطل الفصل بحيث يخرج عن كونه جوابا للأول «١».

و الأظهر: الثانى، لأنّ البدأة بجواب سلام من ابتدأ بالسلام لا تنافى

---

(١) المسالك ٢: ٣٦٥.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ١١٥

التسوية عرفا، بل يمكن أن يقال: إنّ التأخير مناف لها، حيث بادر بجواب أحدهما و أخّر جواب الآخر.

بل لو قلنا بمنافاة المبادرة بجواب البادئ للتسوية لا يجب التأخير أيضا على القول بالوجوب، و لا يستحبّ على القول بالاستحباب، لأنّ وجوبها أو استحبابها إنّما هو فيما إذا علم بتسليمهما معا، و هو غير متيقّن بعد.

ه: وجوب التسوية أو استحبابها مختصّ بالأفعال الظاهريّة دون الميل القلبى،

بمعنى: محبّة أحدهما، أو الميل إلى التكلّم معه و القرب إليه فى المجلس و التعظيم له، أو الميل إلى أن يكون حكم اللّه موافقا لهواه، للأصل، و لأنّ الحكم على القلب غير مستطاع.

و أمّا قضيّة قاضى بنى إسرائيل المرويّة عن الباقر عليه السّلام فى صحيحة الثمالى «۱»، فلا تدلّ على أنّ المؤاخذة كانت على الأمر القلبى، بل كانت على ما قاله بقوله: «قلت: اللّهمّ» إلى آخره، حيث أظهر باللسان ما كان فى قلبه و إن لم يظهره على الخصمين.

نعم، يستحبّ الاجتهاد فى تطهير السرّ بحيث يتساوى عنده جميع عباد اللّه، و لكنّه لا يختصّ بالقاضى، و كلامنا فيما يجب أو يستحبّ على شخص من حيث هو قاض.

و: لا يختصّ وجوب التسوية فيما ذكر بحال حضور الخصمين معا،

بل يجب مع غياب أحدهما أيضا، لإطلاق الروايات، و إيجابه طمع من يزيد إكرامه، الذى هو أحد علّتى المنع فى الرواية الأولى.

---

(۱) الكافى ۷: ۴۱۰- ۲، التهذيب ۶: ۲۲۲- ۵۲۹، الوسائل ۲۷: ۲۲۵ أبواب آداب القاضى ب ۹ ح ۲.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۱۱۶

ز: الحكم بوجوب التسوية أو استحبابها مشروط بما إذا تساوى الخصوم فى الكفر و الإسلام،

فلو كان أحدهما مسلما و الآخر كافرا جاز قيام الكافر مع جلوس المسلم، أو كون المسلم أعلى منزلا منه علوّا صوريّا أو معنويّا. لا أعرف فيه خلافا، و نقل عليه الإجماع أيضا «۱».

و الدليل عليه- مضافا إلى اختصاص رواية سلمة و النبوىّ بالمسلمين، و احتمال إرجاع الضمير فى قوله: «بينهم» فى رواية السكونى إلى المترافعين المسلمين، و ضعف الأخيرة و خلوّها عن الجابر فى المقام- ما روى: أنّ عليّا عليه السّلام جلس بجنب شريح فى حكومة له مع يهودىّ فى درع و قال: «لو كان خصمى مسلما لجلست معه بين يديك، و لكنّى سمعت رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله يقول: لا تساووهم فى المجلس» «۲»، و ضعفه منجبر (بالعمل) «۳».

و هل يختصّ ذلك بالمجلس، أو يتعدّى إلى غيره أيضا؟

الظاهر: التعدّى، كما اختاره فى الروضة «۴»، و إليه ذهب والدى فى المعتمد، و استقواه بعض المعاصرين «۵»، للأصل، و اختصاص النصوص- بحكم التبادر و اختصاص المورد- بالمسلمين، و خلوّ ما ظاهره العموم عن الجابر عن ضعفه.

المسألة الثانية: قالوا: لا يجوز للحاكم أن يلقّن أحد الخصمين

ما يستظهر به على خصمه و يستنصره و يغلب عليه، و أن يهديه إلى وجوه الحجاج، و استدلّوا عليه بظاهر الوفاق، و بأنّه منصوب لسدّ باب المنازعة

---

(۱) الرياض ۲: ۳۹۴.

(۲) المغنى ۱۱: ۴۴۴.

(۳) ليس فى «ح».

(۴) الروضة ۳: ۷۳.

(۵) غنائم الأيام: ۶۷۶.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۱۱۷

لا لفتح بابها، فتجويزه ينافى الحكمة الباعثة لتعيينه.

و تأمّل فيه السبزوارى «۱»، و مال الأردبيليّ إلى الجواز إن لم يرد بذلك تعليم ما ليس بحقّ، و جنح إليه بعض معاصرينا «۲».

و الحقّ: الحرمة مطلقا، سواء كان تلقين أحد الخصمين ببيان ما يوجب استظهاره من غير أن يأمره بقوله أو فعله، مثل أن يقول لمن لا يرضى بالحلف إذا ردّ عليه: كلّ من ادّعى بالظنّ لا يردّ عليه اليمين، أو إن ادّعيت بالظنّ لا يجوز لخصمك الردّ.

أو يقول لمن يريد الجواب بالأداء فى مقابلة دعوى القرض: كلّ من يجيب بالأداء يجب عليه الإثبات و المنكر ليس له ذلك.

أو يأمره بالقول أو الفعل، مثل أن يقول: ادّع بالظنّ، أو أنكر القرض، أو انكل، أو ردّ اليمين.

و سواء كان ذلك مع علم الحاكم بأنّ ما يلقّنه مخالف للواقع، مثل أن يأمره بادّعاء الظنّ مع علمه بأنّه يدّعى العلم، أو بإنكار القرض مع علمه بتحقّقه، أو بتعيين المدّعى به مع علمه بكونه مجهولا للمدّعى.

أو يعلم أنّه مطابق للواقع.

أو لا يعلم فيه أحد الأمرين، مثل أن يلقّنه دعوى الظنّ فيما لم يعلم أنّه ظانّ أو عالم.

لكون الجميع منافيا للتسوية المأمور بها، و كون بعض صورها إعانة على الإثم، و بعض آخر أمرا بالمنكر.

و تجويز التلقين بما يوجب التوصّل إلى الحقّ و دفع الضرر- إذا علم

---

(۱) الكفاية: ۲۶۶.

(۲) المحقق القمّى فى رسالة القضاء (غنائم الأيام: ۶۷۶).

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۱۱۸

أنّه لا يهدى إليه فيضيع حقّه- ضعيف، لأنّ مع علم الحاكم يحكم بعلمه، فلا يحصل ضرر.

و أمّا ما ذكروه دليلا على عدم الجواز مطلقا- من إيجابه فتح باب المنازعة- فضعيف، لمنع عدم جواز فتحها كلّية أولا، و عدم إيجابه له على الاطّراد ثانيا.

هذا حكم التلقين.

و أمّا الاستفسار المؤدّى إلى تصحيح الدعوى أو الجواب، فهو أيضا غير جائز، لما مرّ من منافاته التسوية، و إيجابه فى بعض الصور إعانة على الإثم.

سواء كان قبل تكلّم من يستفسر منه، كأن يستفسر عن المدّعى عليه بعد دعوى القرض عليه: هل ما استقرضت أو استقرضت و أدّيت؟ و قد يضمّ معه ما يوجب الجواب بما يستظهره، مثل أن يقول: هل ما استقرضت حتى تكون البيّنة على المدّعى، أو أدّيت حتى تكون البيّنة عليك؟

أو بعد التكلّم، مثل أن يستفسر عمّن يجيب بعدم اشتغال الذمّة أنّه:

هل أدّيت أو ما استقرضت؟ و اللّه العالم.

المسألة الثالثة: إذا دخل الخصمان، فإن بدر أحدهما بالدعوى سمع منه

، و إن لم يبدر و سكتا فلا يجب على الحاكم الأمر بالتكلّم، و وجهه ظاهر.

و قد ذكروا أنّه يستحبّ أن يقول هو أو من يأمره: تكلّما، أو ليتكلّم المدّعى منكما.

و لم أعثر على دليل على الاستحباب، و ظاهر الحلّى عدم الاستحباب،

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۱۱۹

حيث قال: و لا ينبغى للحاكم أن يسأل الخصمين، و المستحبّ له تركهما حتى يبدءا بالكلام، فإن صمتا فله أن يقول لهما حينئذ: إن كنتما حضرتما بشىء فاذكراه «۱». انتهى.

و قال والدى- طاب ثراه- فى المعتمد بالاستحباب لو عرف كون الحياء أو احتشامه مانعا لهما عن المبادرة. و ليس ببعيد.

ثمّ إنّهم قالوا: إنّه إذا استحبّ التكلّم يكره تخصيص أحدهما بالخطاب «۲»، لمخالفته للتسوية المتقدّمة.

و فيه منع، لعدم منافاته للتسوية عرفا، لأنّه ابتداء الكلام، و مجرّد تقديم الالتفات إلى أحدهما- سيّما إذا علم كونه مدّعيا- لا يخالف التسوية عرفا.

و بذلك يوجّه الحكم بالكراهة هنا ممّن حكم بوجوب التسوية فى التكلّم. و فيه ما فيه.

و وجّهه فى المعتمد بأنّ الحكم بالحرمة لأجل الانجبار، و هو فيما نحن فيه مفقود، فلا يثبت من عموم الأخبار سوى الكراهة. و هو أيضا غير جيّد.

المسألة الرابعة: إذا ازدحم جماعة من المدّعين، فإن جاءوا على التعاقب و عرف الترتيب، قالوا: يقدّم الأسبق فالأسبق

اشاره

. و إن جاءوا معا، أو لم يعرف الترتيب، أقرع بينهم، و قدّم من خرجت قرعته.

و قيل:

يكتب أسماء المدّعين و يجعلها تحت ساتر ثمّ يخرج رقعة رقعة، ثمّ يستدعى صاحبها فيحكم له «۳». و هذا أيضا نوع من القرعة.

---

(۱) السرائر ۲: ۱۵۷.

(۲) القواعد: ۲۰۴، الدروس ۲: ۷۴، المفاتيح ۳: ۲۵۲.

(۳) الوسيلة: ۲۱۱، و الرياض ۲: ۳۹۵.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۱۲۰

و قيل بالأول، إلّا أن يكثروا و عسر الإقراع فبالثانى «۱».

و قيل بجواز الأمرين مطلقا، و نسبه فى المسالك إلى الأشهر «۲».

و أصل هذا الحكم مشهور بين الأصحاب، مصرّح به فى كلماتهم، بل لم أعثر فيه على مخالف.

و إطلاق عباراتهم يشمل ما لو تزاحموا فى مجرّد الورود و الحضور عند الحاكم و إن لم يتكلّموا بعد و لم يطلبوا الترافع بل كانوا ساكتين، و ما لو تزاحموا فى بيان الدعوى و طلب الترافع أيضا، و ما لو بدر أحدهم بطلبه مع سكوت الباقين.

و الظاهر أنّ مرادهم إنّما هو غير الصورة الأخيرة، لأنّ الحكم بتقديم الأسبق ورودا فيها مشكل جدّا، لأنّ الحكم و القضاء فى الوقائع الخاصّة و القضايا الجزئيّة لا يجب إلّا بطلب المدّعى و ترافعه، و معه يجب، فبطلب أحدهم يجب الاشتغال بقطع دعواه، و لم يجب الاشتغال بقطع سائر الدعاوى بعد.

فعلى القول بكون وجوب الاشتغال بعد الطلب فوريّا يكون بطلان إطلاق وجوب تقديم الأسبق ظاهرا، بل يجب تقديم البادئ بالطلب

و إن لم يكن أسبق ورودا.

و على القول بعدم الفوريّة نقول: إنّ ما لم يجب الاشتغال به بعد لا يمكن أن يجب تقديمه على الواجب و لو لم يكن فوريّا، و إلّا لا نقلب غير الواجب واجبا.

بل لا يبعد أن يقال: إنّ الصورة الأولى أيضا خارجة عن مقصودهم،

---

(١) كما في المهذب ٢: ۵٨٢ و كشف اللثام ٢: ١۴٨.

(٢) المسالك ٢: ٣۶۶.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ١٢١

لأنّ قطع الدعوى مع سكوت المدّعى و عدم طلبه ليس بجائز، فكيف يحكم بوجوب تقديمه؟! إلّا أن يقال: إنّ المراد تقديم الأمر بالتكلّم، و استحباب أصله لا ينافي وجوب تقديم بعض أفراده. و لكنّه بعيد.

ثمّ إنّ أكثر الأصحاب لم يذكروا على ما حكموا به- من وجوب تقديم الأسبق مع العلم بالسبق و القرعة بدونه- دليلا. و يظهر من المسالك أنّه لمراعاة التسوية بين الخصوم «١».

و فيه: أنّ الثابت من التسوية هو وجوبه أو استحبابه بالنسبة إلى شخصين متخاصمين، و أمّا بالنسبة إلى خصمين آخرين فغير ثابت.

و استدلّ والدي- طاب ثراه- على الأول في المعتمد بالأولويّة، و على الثاني بأنّ القرعة لكلّ أمر مشكل.

و يرد على الأول: منع الأولويّة، و على تسليمها منع صلاحيّتها لإيجاب التقديم.

و على الثاني: منع الإشكال، لأنّه إنّما يكون إذا علم استحقاق أحدهما للتقديم و لم يتعيّن، و أمّا إذا لم يعلم الاستحقاق فالحكم التخيير.

نعم، يظهر من السرائر أنّه وردت بهذا الحكم رواية، حيث قال: فإذا جلس حكم للأول فالأول، فإن لم يعلم بالأول أو دخلوا دفعة روى أصحابنا أنّه: يتقدّم إلى من يأمر كلّ من حضر للتحاكم إليه أن يكتب اسمه و اسم أبيه و ما يعرف به من الصفات الغالبة عليه دون الألقاب المكروهة، فإذا فعلوا ذلك و كتب أسماءهم و أسماء خصومهم في الرقاع قبض ذلك كلّه

---

(١) المسالك ٢: ٣۶۶.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ١٢٢

و خلط الرقاع و جعلها تحت شيء يسترها به عن بصره، ثمّ يأخذ منها رقعة ينظر فيها و يدعو باسم صاحبها و خصمه فينظر بينهما «١». انتهى.

و هذه الرواية و إن كانت ضعيفة، و لكن بملاحظة اشتهار الحكم عند الأصحاب اشتهارا قويّا كاد أن يكون إجماعا، لا يبعد القول بثبوت هذا الحكم وجوبا.

فروع:

أ: كلّما آل الأمر إلى الإقراع، فهل يقتصر على كتب اسم المدّعى، أو يكتب اسم خصمه أيضا؟

المشهور: الأول، لأنّه المستحقّ للتقديم أو التأخير واقعا، المجهول استحقاقه ظاهرا، و الخصم تابع له.

نعم، لو ثبت للخصوم أيضا استحقاق عند تعدّدهم يفتقر إلى قرعة أخرى، أو رقاع متعدّدة في القرعة الواحدة، و لكنّه لم يثبت، فللمدّعى الاختيار في التعيين مع التعدّد.

و لا يخفى أنّ هـذا الـدليل إنّما يتمّ لو كان الموجب للإقراع هنا وضـعه لكلّ أمر مشـكل. و لو كان موجبه الروايـة المتقدّمة فلا بدّ من كتب اسم الخصم أيضا تعبّدا، لذكره فيها.

ب: صرّح فی المسالک و التحرير بأنّ المقدّم بالسبق أو القرعة إنّما يقدّم فی دعوی واحدة،

فلو قال: لی دعوی اخری مع هذا الخصم أو مع غيره لم يسمع إلی أن يفرغ القاضی من سماع دعوی سائر الحاضرين،

---

(۱) السرائر ۲: ۱۵۶.

فحينئذ تسمع دعواه «۱».

و مستند الحكم غير واضح، فالحكم بوجوب التأخير مشكل.

ج: يجوز لمن حقّه التقديم بالسبق أو القرعة إسقاط حقّه،

فيقدّم من له السبق بعده أو من خرجت القرعة له.

و لو وهب حقّه لغيره، فهل يجب تقديمه، أو يجوز، أو يقدّم من له السبق؟

قيل بالأول، لأنّ الحقّ صار له. و يخدشه أنّ الثابت ثبوته لنفسه، و حصول النقل بالانتقال موقوف علی الدليل، و ليس، فالظاهر الثالث.

و هل تجوز للحاكم الشفاعة فی الإسقاط أو الهبة؟

الظاهر: نعم، للأصل.

د: إذا حضر الخصمان فسبق أحدهما إلی الدعوی، ثمَّ قطع المدّعی عليه دعواه بدعوی أخری،

أو قال: أنا المدّعی، لم تسمع منه دعواه بلا خلاف يعرف، بل يمنع حتی يجيب عن الدعوی و تنتهی الحكومة.

و يمكن أن يستدلّ عليه بحديث التسوية، و فی فقه الرضا عليه السّلام: «و إذا تحاكم خصمان فادّعی كلّ واحد منهما علی صاحبه دعوی فالذی بدأ بالدعوی أحقّ من صاحبه أن يسمع منه، فإذا ادّعيا جميعا فالدعوی للذی علی يمين خصمه» «۲»، و ضعفه بالعمل مجبور.

و استدلّ فی المسالک علی هذا الحكم بما سبق من وجوب تقديم السابق «۳».

---

(۱) المسالک ۲: ۳۶۶، التحرير ۲: ۱۸۳.

(۲) فقه الرضا «عليه السّلام»: ۲۶۰، مستدرک الوسائل ۱۷: ۳۵۱ أبواب آداب القاضی ب ۵ ح ۱.

(۳) المسالک ۲: ۳۶۶.

و فيه: أنّ هذا إنّما يتمّ لو كان المراد بالسابق- فيما سبق- السابق بالدعوی، و هو خلاف ظاهر كلام الأصحاب، بل الظاهر منهم أنّ المراد منه: السابق بالورود، و علی هذا فربّما يكون الخصمان دخلا معا أو دخل السابق بالدعوی متأخّرا.

و لو ابتدرا معا، فالمشهور بين الأصحاب- كما فی المختلف «۱» و غيره «۲» و ادّعی الإجماع عليه «۳»- أنّه تسمع الدعوی من الذی علی يمين صاحبه، و هو المحكيّ عن عليّ بن بابويه فی رسالته و المفيد فی المقنعة و الشيخ فی النهاية «۴»، و ادّعی عليه الشيخ فی

الخلاف الإجماع «۵»، و قال السيّد: إنّه ممّا انفردت به الإماميّة، و ادّعى الإجماع عليه أيضا «۶».

و الشيخ بعد أن ادّعى إجماع الطائفة مال إلى القرعة، و استوجهه فى المسالك «۷».

و ظاهر الكفاية و المفاتيح التوقف «۸».

و الأصل فيه ما رواه محمّد بن مسلم عن الباقر عليه السّلام أنّه قال: «إنّ رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله قضى أن يقدّم صاحب اليمين فى المجلس بالكلام» «۹».

---

(۱) المختلف: ۶۹۸.

(۲) كالكفاية: ۲۶۶.

(۳) كما فى مفتاح الكرامة ۱۰: ۳۲.

(۴) حكاه عن على بن بابويه فى المختلف: ۶۹۸، المقنعة: ۷۲۵، النهاية: ۳۳۸.

(۵) الخلاف ۶: ۲۳۴- ۳۲.

(۶) الانتصار: ۲۴۳.

(۷) المسالك ۲: ۳۶۶.

(۸) الكفاية: ۲۶۶، المفاتيح ۳: ۲۵۲.

(۹) الفقيه ۳: ۷- ۲۵، الوسائل ۲۷: ۲۱۸ أبواب آداب القاضى ب ۵ ح ۲.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج‌۱۷، ص: ۱۲۵

و اعترض بجواز أن يكون المراد باليمين يمين القاضى، كما احتمله فى المفاتيح «۱»، أو الحلف كما احتمله الإسكافى «۲»، لأنّه صاحب اليمين إن شاء أحلف خصمه و إن لم يشأ لم يحلف، بل يحتمل أن يكون المراد بالتقديم بالكلام: التقديم بتكلّم الحاكم معه.

و ردّ بالمخالفة للظاهر.

و بنقل الاتّفاق فى المسالك على أنّ المراد منه يمين الخصم.

و بأنّ الأصحاب حملوه عليه، و فهمهم قرينة.

و بصحيحة ابن سنان عن الصادق عليه السّلام أنّه قال: «إذا تقدّمت مع خصم إلى وال أو إلى قاض فكن عن يمينه» يعنى: يمين الخصم «۳».

و فى الأول: أنّا لو سلّمنا مخالفة الأول للظاهر فمخالفة الثانى و الثالث ممنوعة.

و الاتّفاق المدّعى غير ثابت.

و الصحيحة لا تفيد أزيد من رجحان التيامن المرغّب فيه فى كلّ شى‌ء، إلّا أنّ الحلّى و الشيخ فى الخلاف و المبسوط قالا: إنّه روى أصحابنا يقدّم من على يمين صاحبه «۴». و كذا يدلّ عليه الرضوىّ المتقدّم «۵»، و هما منجبران بالشهرة و الإجماع المنقول، فلا مناص عن العمل بهما.

ه: ما ذكر من تقديم الأسبق إنّما هو فيما إذا لم يستضرّ غيره

---

(۱) المفاتيح ۳: ۲۵۳.

(۲) نقله عنه فى المختلف: ۶۹۹.

(۳) الفقيه ۳: ۷- ۲۶، التهذيب ۶: ۲۲۷- ۵۴۸، الوسائل ۲۷: ۲۱۸ أبواب آداب القاضى ب ۵ ح ۱.

(۴) الحلّى فى السرائر ۲: ۱۵۶، الخلاف ۶: ۲۳۴- ۳۲، و المبسوط ۸: ۱۵۴.

(۵) فى ص ۱۲۳.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۱۲۶

بالتأخير، و لو استضرّ يقدّم، دفعا للضرر، و عدم الشهرة الجابرة.

و لا بعد فى جواز تقديم المرأة أيضا مطلقا، لعدم الانجبار.

و: قد ذكروا أنّ المفتى و المدرّس أيضا كالقاضى

عند تزاحم المستفتين و الطلبة فى وجوب تقديم الأسبق أو القرعة، و مأخذ الحكم غير معلوم.

المسألة الخامسة: قد صرّح كثير من الأصحاب- منهم الشيخ فى المبسوط «۱»- باستحباب ترغيب الخصمين إلى الصلح للقاضى.

اشارة

و يظهر من السرائر ذهاب جمع إلى عدم الجواز، حيث قال: و له أن يأمرهما بالصلح، و يشير بذلك، لقوله تعالى وَ الصُّلْحُ خَيْرٌ «۲» و ما هو خير فللإنسان فعله بغير خلاف من محصّل، و قد يشتبه هذا الموضع على كثير من المتفقّهة، فيظنّ أنّه لا يجوز للحاكم أن يأمر بالصلح و لا يشير به، و هذا خطأ من قائله «۳». انتهى.

و تفصيل الكلام: إنّ ترغيب الحاكم فى الصلح إمّا يكون بعد الحضور للمرافعة و قبل بيان الدعوى، أو يكون بعد البيان و قبل ثبوت الحقّ بالبيّنة أو اليمين أو الإقرار أو سقوطه بالحلف، أو يكون بعد الثبوت أو السقوط و قبل الحكم و إظهار الثبوت أو السقوط، أو يكون بعده.

و لا ينبغى الارتياب فى استحباب الترغيب فى الأولين.

و يدلّ عليه قوله تعالى وَ الصُّلْحُ خَيْرٌ.

و قوله سبحانه إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ «۴».

---

(۱) المبسوط ۸: ۱۷۰.

(۲) النساء: ۱۲۸.

(۳) السرائر ۲: ۱۶۰.

(۴) الحجرات: ۱۰.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۱۲۷

و قوله جلّ شأنه فَاتَّقُوا اللَّهَ وَ أَصْلِحُوا ذاتَ بَيْنِكُمْ «۱».

و قوله عزّ اسمه وَ لا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمانِكُمْ أَنْ تَبَرُّوا وَ تَتَّقُوا وَ تُصْلِحُوا بَيْنَ النَّاسِ «۲».

و المروىّ فى تفسير الإمام، و هو طويل يذكر فيه كيفيّة قضاء رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله، و فى آخره: «فإذا ثبت عنده ذلك لم يهتك ستر الشاهدين، و لا عابهما و لا وبّخهما، و لكن يدعو الخصوم إلى الصلح، فلا يزال بهم حتى يصطلحوا» الحديث «۳».

و صحيحة هشام بن سالم: «لأن أصلح بين اثنين أحبّ إلىّ من أن أتصدّق بدينارين» «۴».

و رواية أبى حنيفة سائق الحاج: قال: مرّ بنا المفضّل و أنا و ختنى «۵».

نتشاجر فى ميراث فوقف علينا ساعة، ثمّ قال لنا: تعالوا إلى المنزل، فأتيناه فأصلح بيننا بأربعمائة درهم، فدفعها إلينا من عنده، حتى إذا استوثق كلّ منّا من صاحبه قال: أما أنّها ليست من مالى، و لكن أبو عبد اللّه عليه السّلام أمرنى إذا تنازع رجلان من أصحابنا فى شيء أن أصلح بينهما و أفتديهما من ماله «۶».

و ظاهر أبى الصلاح أنّ المستحبّ للقاضى الترغيب فى أصل الصلح،

---

(۱) الأنفال: ۱.

(۲) البقرة: ۲۲۴.

(۳) الوسائل ۲۷: ۲۳۹ أبواب كيفية الحكم و احكام الدعوى ب ۶ ح ۱، بتفاوت يسير.

(۴) الكافى ۲: ۲۰۹- ۲، الوسائل ۱۸: ۴۳۹ أبواب أحكام الصلح ب ۱ ح ۱.

(۵) الختن بالتحريك: كلّ من كان من قبل المرأة، مثل الأب و الأخ، و هم الأختان.

هكذا عند العرب، و أمّا عند العامّة فختن الرجل: زوج ابنته- الصحاح ۵: ۲۱۰۷.

(۶) الكافى ۲: ۲۰۹- ۴ و فيه: و افتديها من ماله، التهذيب ۶: ۳۱۲- ۸۶۳ الوسائل ۱۸: ۴۴۰ أبواب أحكام الصلح ب ۱ ح ۴، و فيه: و افتدى بها من ماله.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۱۲۸

و أمّا التوسّط فيما يصلحان به فيحوّله إلى ثالث «۱»، و لعلّه مخافة أن يتحشّما أو أحدهما من القاضى فيقع الصلح من غير رضاء.

و أمّا فى الثالث، فإن أعلم الحاكم المدّعى بالثبوت أو المنكر بالسقوط فكالأخير، و يأتى حكمه.

و إلّا، فإن طلب منه بتخيّر الحكم أو علم مطالبته بشاهد الحال فالظاهر عدم الجواز، لمنافاته للفوريّة الثابتة من مطالبة التخيّر.

و إلّا، فإن علم أنّه لو أظهر الحكم لم يرض من له الحكم بالصلح فلا يجوز أيضا، لكونه تدليسا و خيانة. و إن لم يعلم بذلك فلا يبعد الجواز، للأصل. بل الاستحباب، للعمومات المتقدّمة، و يدلّ عليه أيضا حديث قضاء علىّ عليه السّلام بين صاحبى الأرغفة الثمانية المروىّ فى الكافى و الفقيه و التهذيب «۲».

و قال والدى العلّامة فى المعتمد بعدم الجواز مع جهل صاحب الحقّ بعلم الحاكم بالحقّ مطلقا.

ثمّ لو ارتكب القاضى المحرّم و أمر بالصلح أو رغّب فيه فيما يحرم و رضى به، فقال والدى العلّامة رحمه اللّه بصحّة الصلح، لعدم تعلّق النهى به، بل بأمر الحاكم. نعم، له خيار الفسخ بعد علمه به.

و أمّا فى الأخير، فالاستحباب غير واضح، لأنّه حقيقة ليس ترغيبا فى الصلح، لأنّ الظاهر منه هو ما يكون قبل ثبوت الحقّ لإسقاط اليمين أو رفع تجشّم الإثبات، بل هو ترغيب لأحدهما بإسقاط الحقّ أو بذل المال لغير

---

(۱) الكافى فى الفقه: ۴۴۷.

(۲) الكافى ۷: ۴۲۷- ۱۰، الفقيه ۳: ۲۳- ۶۴، التهذيب ۶: ۲۹۰- ۸۰۵ الوسائل ۲۷: ۲۸۵ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۲۱ ح ۵.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۱۲۹

مستحقّه.

و الظاهر أنّ إضافة الأصحاب الترغيب إلى ضمير التثنية لتخصيصهم الاستحباب بغير هذه الصورة، إذ لا معنى لترغيب الخصمين حينئذ

كما لا يخفى.

و قول المحقّق و الفاضل فى الشرائع و القواعد بكراهة شفاعة الحاكم فى إسقاط الحقّ «١» منزّل على ذلك أيضا، فلا تنافى بين قولهما باستحباب الترغيب فى الصلح و الكراهة فى هذه الشفاعة، و لا حاجة فى الجمع بينهما الى جعل الصلح متوسّطا بين الإسقاط و عدمه، أو جعله مستثنى، أو حمله على بعث غيره على ترغيبهما فى ذلك، كما فى المسالك «٢».

و ظاهر جماعة- كالمفيد و النهاية و الكامل و المراسم و السرائر- عدم جواز الشفاعة «٣».

و دليلهم رواية السكونى، و فيها: «و لا تشفع فى حقّ امرئ مسلم و لا غيره إلّا بإذنه» «۴».

و النبىّ: سأله أسامة حاجة لبعض من خاصم إليه، فقال له:

«يا أسامة، لا تسألنى حاجة إذا جلست مجلس القضاء، فإنّ الحقوق ليس فيها شفاعة» «۵».

---

(١) الشرائع ۴: ٨١، القواعد ٢: ٢٠۵.

(٢) المسالك ٢: ٣۶۶.

(٣) المقنعة: ٧٢۴، النهاية: ٣۴١، المراسم: ٢٣١، السرائر ٢: ١۶٠.

(۴) الفقيه ٣: ١٩- ۴۵ الوسائل ٢٧: ٣٠۴ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٣۵ ح ١.

(۵) دعائم الإسلام ٢: ۵٣٧- ١٩٠۵، مستدرك الوسائل ١٧: ٣۵٨ أبواب آداب القاضى ب ١١ ح ٢، بتفاوت يسير.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ١٣٠

و الأولى قاصرة الدلالة على الوجوب. و الثانية غير ثابتة الحجّية.

فالكراهة أولى.

فرع:

قال والدى العلّامة قدّس سرّه فى المعتمد: ثمَّ من يؤدّى إليه شىء بالصلح بالإعطاء أو الإسقاط بغير حقّ، فإن علم بعدم استحقاقه له حرم عليه و وجب أن يتخلّص منه، و إلّا لم يحرم عليه، لعلمه ظاهرا بكونه حقّا له، نظرا إلى فعل الحاكم. انتهى. ولى فيه تأمّل.

المسألة السادسة: قال جماعة بأنّه يكره للقاضى أن يضيّف أحد الخصمين إلّا و معه خصمه «١».

لرواية السكونى: «إنّ رجلا أتى أمير المؤمنين عليه السّلام فمكث عنده أيّاما ثمَّ تقدّم إليه فى خصومة لم يذكرها لأمير المؤمنين عليه السّلام، فقال له: أخصم أنت؟

قال: نعم، قال: تحوّل عنّا، إن رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله نهى أن يضاف خصم إلّا و معه خصمه» «٢»، و ظاهرها عدم الجواز، و به صرّح فى المبسوط «٣». و هو الأقوى.

و تدلّ عليه أيضا منافاته للتسوية الواجبة.

و صرّح فى القواعد «۴» و غيره «۵» بكراهة حضوره و لائم الخصوم، و علّل بأنّه لئلّا يزيد أحدهم فى إكرامه فيميل إليه. و يمكن القول بتحريمه إذا كان لأحد المتخاصمين، لمنافاته التسوية، بل لهما أيضا إذا دخل فى الرشوة المحرّمة.

---

(١) المبسوط ٨: ١۵١، القواعد ٢: ٢٠۵.

(۲) الكافى ۷: ۴۱۳- ۴، التهذيب ۶: ۲۲۶- ۵۴۴، الفقيه ۳: ۷- ۲۱ الوسائل ۲۷: ۲۱۴ أبواب آداب القاضى ب ۳ ح ۲، بتفاوت.

(۳) المبسوط ۸: ۱۵۱.

(۴) القواعد ۲: ۲۰۵.

(۵) المسالک ۲: ۳۶۴.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۱۳۱

المسألة السابعة: يكره أن يسارّ القاضى أحدا فى مجلسه

، لكونه مورثا للتهمة، و لمرفوعة البرقى «۱»، و مرسلة الفقيه «۲»: قال أمير المؤمنين عليه السّلام لشريح: «لا تسارّ أحدا فى مجلسك».

و أمّا مسارّة أحد الخصمين فهى محرّمة، لمنافاتها التسوية.

المسألة الثامنة: يكره أن يعنّت الشهود

، أى يدخل عليهم المشقّة، و يكلّفهم ما يثقل عليهم من التفريق و المبالغات فى مشخّصات القضية، إذا كانوا من ذوى البصائر و الأديان القويّة.

و لا يجوز للحاكم أن يتعتع الشاهد، و هو أن يداخله فى التلفّظ بالشهادة، بأن يدخل فى أثناء شهادته كلاما يجعله ذريعة إلى أن ينطق بما أدخله الحاكم، و يعدل عمّا كان يريد الشاهد، هداية له إلى شيء ينفع فتصحّ شهادته، أو يضرّ فتردّ شهادته.

أو يتعقّبه عند فراغه بكلام ليجعله تتمّة للشهادة، بحيث تصير به الشهادة مسموعة أو مردودة.

بل الواجب أن يصبر عليه حتى ينتهى ما عنده، ثمّ ينظر فيه و يحكم بمقتضاه من قبول أو ردّ.

و إذا تردّد الشاهد فى شهادته لم يجز له ترغيبه فى إقامتها، لجواز عروض أمر يوجب التردّد.

و لا يجوز له تزهيده فى الإقامة، و لا أن يردّده فيها.

---

(۱) الكافى ۷: ۴۱۳- ۵، التهذيب ۶: ۲۲۷- ۵۴۶، الوسائل ۲۷: ۲۱۳ أبواب آداب القاضى ب ۲ ح ۲.

(۲) الفقيه ۳: ۷- ۲۴، بتفاوت يسير، الوسائل ۲۷: ۲۱۳ أبواب آداب القاضى ب ۲ ح ۲.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۱۳۲

و لا يجوز له إيقاف عزم الغريم عن الإقرار، و يجوز ذلک فى حقوق اللّه سبحانه، كما تنبّه عليه قضية ماعز «۱».

و الوجه فى الكلّ واضح.

المسألة التاسعة: قالوا: يستحبّ إجلاس الخصمين بين يدى الحاكم.

و هو كذلک، لأنّه أقرب إلى التسوية و أسهل للمخاطبة.

و لقول علىّ عليه السّلام حين ترافعه مع يهودىّ فى الدرع عند شريح: «لو لا أنّه ذمّىّ لجلست معه بين يديک، غير أنّى سمعت النبىّ

صلّى اللّه عليه و آله يقول:

لا تساووهم فى المجالس» «٢».

و روى عن النبىّ صلّى اللّه عليه و آله أنّه قضى أن يجلس الخصمان بين يدى القاضى «٣».

و لو قاما بين يديه جاز.

قيل: و لا تجوز الإقامة إن لم يرضيا «۴».

و هو حسن إن كان القضاء فى مكان مباح لهما أو مملوك لمن أذن بالجلوس لهما، و إلّا فتجوز إن لم يأذن المالك بالجلوس، بل تجب.

و إن اختار أحدهما القيام مع جلوس الآخر فقد أسقط نفسه حقّه بالتسوية، فيجوّزه من يرفع الأمر بالتسوية حين إسقاط أحدهما. و الحقّ عدم السقوط كما مرّ.

المسألة العاشرة: إذا تعدّى الغريمان أو أحدهما سنن الشرع

، فإن

---

(١) سنن البيهقى ٨: ٢٢۶.

(٢) المغنى ١١: ۴۴۴- ۴۴۵، بتفاوت.

(٣) المغنى ١١: ۴۴۵.

(۴) انظر كشف اللثام ٢: ١۴٩.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ١٣٣

كان بالإتيان بمحرّم- كفحش أو ضرب أو إيذاء للغريم أو معاونة أو للقاضى بنسبته إلى جور أو ميل أو مثل ذلك- فعلى القاضى العمل بمراتب النهى عن المنكر فى ردعه عن التعدّى، و إجراء حكم ما صدر فيه من حدّ أو تعزير، إن كان ممّا له حكم.

و إن كان بغير المحرّم- كإساءة أدب و مثلها- فينبغى له وعظه و إرشاده برفق و مداراة.

المسألة الحادية عشرة: قالوا: من أتى القاضى مستعديا على خصمه و التمس من الحاكم إحضاره

، فإن كان خصمه فى البلد و كان ظاهرا غير معذور يمكن إحضاره وجب على الحاكم إجابته و إحضاره مطلقا، سواء حرّر المستعدى دعواه أم لا، و سواء شقّ عليه الحضور فى مجلس الحكم- لكونه من أهل الصيانات و المروّات- أم لا.

و نسبه فى الكفاية إلى المعروف من مذهب الأصحاب «١»، و فى المسالك و شرح المفاتيح و المعتمد و عن المبسوط: ادّعاء الإجماع عليه «٢».

قيل:

لتوقّف الحكم الواجب بينهما على ذلك، و لأنّ الحاكم منصوب لاستيفاء الحقوق، و ترك الإحضار تضييع لها «٣».

و احتاط فى الكفاية فى إحضاره قبل تحرير الدعوى، لأنّ فى الإحضار فى مجلس الحكم نوع إيذاء، فلعلّ دعواه كانت غير مسموعة «۴».

(١) الكفاية: ٣٦٥.

(٢) المسالك ٢: ٢٦٥، المبسوط ٨: ١٥٤. و فيه: و هو الأقوى عندنا ..

(٣) الرياض ٢: ٣٩٣.

(۴) الكفاية: ٢۶٥.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ١٣۴

و عن الإسكافى: التخصيص بمن لا يشقّ عليه الحضور من جهة الرفعة و الشرف، و أمّا هو فيوجّه الحاكم إليه من يعرّفه الحال ليحضر، أو وكيل له، أو أن ينصف خصمه و يغنيه عن معاودة الاستعداء «١».

و فى المبسوط عن بعضهم: إن كان من أهل الشرف فيستدعيه الحاكم إلى منزله دون مجلس الحكم، لما ذكر «٢».

و ردّ بعدم منافاة ذلك للشرف، فإنّ عليا عليه السّلام حضر مع يهودىّ عند شريح، و حضر عمر مع ابىّ عند زيد بن ثابت ليحكم بينهما فى داره، و حجّ المنصور فحضر مع جمّالين مجلس الحكم لحلف كان بينهما «٣».

قالوا: و إن احتاج الإحضار إلى بعض الأشخاص المرتّبين على باب القاضى فالظاهر أنّ مئونتهم على الطالب إن لم يرزقوا من بيت المال.

و إذا ثبت عند القاضى امتناعه من غير عذر أو سوء أدب فللقاضى أن يستعين على إحضاره بأعوان السلطان، فإذا حضر عزّره بما يراه.

و فى كون مئونة المحضر- و الحال هذه- على المدّعى أو على الخصم، وجهان، جزم بعضهم بالثانى «۴» و لا وجه له.

قالوا: و متى كان للمطلوب عذر مانع من الحضور- كالمرض و الخوف من عدو و شبههما- فليس للقاضى أن يكلّفه الحضور، بل يكلّفه بعث وكيل ليخاصم عنه، أو يبعث القاضى من يحكم بين المتخاصمين، و إن دعت الحاجة إلى تحليفه يرسل إليه من يحلّفه.

(١) حكاه عنه فى المختلف: ٧٠٢.

(٢) المبسوط ٨: ١٥۴.

(٣) انظر المبسوط ٨: ١٥۴.

(۴) كما فى المسالك ٢: ٣۶٥.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ١٣٥

قالوا: و إن كان المطلوب خارج البلد لا يحضره القاضى بمجرّد التماس المدّعى، بل يسأله أن يحرّر دعواه عليه، فإن حرّرها و كانت دعوى مسموعة أحضره و إن كان فى بلدة بعيدة منه، و إن لم يحرّر دعواه و حرّرها و كانت غير مسموعة لم يكلّفه الحضور.

و الفرق بين المسألتين فى اعتبار التحرير فى الثانية دون الاولى لزوم المشقّة و الضرر و عدمهما، إذ ليس فى إحضار الحاضر مئونة و لا مشقّة، بخلاف الغائب.

و خالف فى ذلك الإسكافى أيضا، و لم يوجب الإحضار حينئذ بمجرّد تحرير الدعوى أيضا، بل قال: لم يجب إلّا بعد أن يثبت المستعدى حقّه عند الحاكم «١». و مثله قال فى الخلاف «٢».

و فرّق فى المبسوط بين كونه فى بلد تحت ولاية القاضى و غيرها، فيحضر بالتحرير فى الأول، و يقضى على الغائب فى الثانى «٣».

و فرّق فى المختلف بين ما إذا لم يتمكّن المدّعى من الإثبات و طلب غريمه للإحلاف، أو لم يكن له مال، بل كان بيد الغريم، فلا يمكنه استيفاء الحقّ لو ثبت منه بدون حضوره. و بين ما إذا تمكّن و كان له مال يستوفى منه الحقّ إن ثبت. فيحضر فى الأول دون الثانى «۴».

و قد تلخّص ممّا ذكر: أنّ فى صورة الحضور فى البلد: ظاهر الأكثر الاتّفاق على الإحضار و لو قبل التحرير، لغير ذوى الأشراف و أرباب المعاذير.

نعم، ناقش بعض متأخّرى المتأخّرين فى ذلك، و احتمل اختصاص

---

(١) حكاه عنه فى المختلف: ٧٠٢.

(٢) الخلاف ۶: ٢٣۵- ٢٣۶- ٣۴.

(٣) المبسوط ٨: ١۵۵.

(۴) المختلف: ٧٠٣.

وجوب الإحضار مع الحضور بصورة تحرير الدعوى «١». و هو ظاهر المحقّق الأردبيلى، بل تأمّل هو فى جواز الإحضار بدون «٢» التحرير أيضا.

و فى صورة الغيبة: و لا يحضر قبل التحرير، و أمّا بعده فالأكثر على الإحضار، و الفاضل فى المختلف على التفصيل المذكور، و المحقّق الأردبيلىّ على التفصيل المنقول عن المبسوط.

هذا فى الرجل.

و أمّا المرأة، فقالوا: إن كانت برزة كان حكمها حكم الرجل، فتحضر حيث يحضر الرجل و لو من غير البلد، و لكن يشترط هنا- زيادة على الرجل- أمن الطريق من هتك عرض و وجود محرم و نحوه.

و فى الكفاية: الأولى البعث إليها للإحضار أو التوكيل، إلّا بالنسبة إلى من لا تبالى بالإحضار أصلا «٣».

قالوا: و إن كانت مخدّرة لم تكلّف الحضور بنفسها، بل يبعث إليها من يحكم أو يأمرها بالتوكيل.

و فى الكفاية: لا يعتبر فى المخدّرة لأن لا تخرج إلّا لضرورة، بل الظاهر أنّ التى قد تخرج إلى عزاء ذوى الأرحام أو زياراتهم أو إلى الحجّ و زيارة المشاهد أحيانا مخدّرة.

بل مع كثرة ذلك و خروجها إلى السوق للبيع و الشراء و نحوهما كثيرا- كالخروج لشراء الخبز و القطن و بيع الغزل و نحوها- بحيث لا تبالى بالخروج، فهى برزة، و المرجع فيها إلى العرف و العادة.

---

(١) حكاه فى الرياض ٢: ٣٩٣.

(٢) فى «ق» بذلك ..

(٣) الكفاية: ٢۶۵- ٢۶۶.

و عن الشيخ فى المبسوط: إنّ البرزة هى التى تبرز لقضاء حوائجها بنفسها، و المخدّرة هى التى لا تخرج لذلك، و هو قريب «١». انتهى.

قال فى القواعد و شرحه: فإن اختفى المدّعى عليه المحضر نادى منادى الحاكم على بابه ثلاثة أيّام إن لم يحضر سمر «٢» بابه و ختم عليه و جمع أهل محلّته و أشهدهم على أعدائه.

فإن لم يحضر و سأل المدّعى ختم بابه ختمها، فإن لم يحضر بعد الختم بعث الحاكم من ينادى إن لم يحضر أقام الحاكم عنه وكيلا و حكم عليه.

فإن لم يحضر فعل ذلك و حكم عليه إن ثبت عليه شيء و إن لم يحكم عليه حال الغيبة ابتداء «٣». انتهى.

هذا ما ذكروه فى هذا المقام، و لم أجد على أكثر ما ذكروه دليلا، و لا أرى له وجها، إلّا إذا قلنا بعدم جواز الحكم على الغائب مطلقا. و أمّا لو قلنا بجوازه كذلك أو على الغائب عن البلد، فلا وجه لوجوب الإحضار فيما يجوز فيه الحكم عليه، لعدم توقّف الحكم عليه، بل يحكم مع غيبته، فإن أدّى إلى الحلف، فإن جوّز الحلف فى غير مجلس القضاء يبعث من يحلّفه، و إلّا يحضره حينئذ.

و إن أدّى إلى أخذ مال فيؤدّيه الحاكم من مال المدّعى عليه إن كان، و إن كان ماله عند نفسه يبعث من يأخذه منه أو يأتى بحجّته، بل يمكن أن يقال بعدم وجوب ذلك حينئذ على الحاكم عينا، بل يجب على كلّ مقتدر

---

(١) الكفاية: ٢۶۶.

(٢) السّمر: شدّك شيئا بالمسمار. و سمرهٔ يسمره و سمّره، جميعا: شدّه. لسان العرب ۴: ٣٧٨.

(٣) القواعد ٢: ٢٠٧، كشف اللثام ٢: ٣٣۴.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج‌١٧، ص: ١٣٨

على إجراء حكمه كفاية.

و التمسّك بالإجماع ضعيف، لأن تحقّقه- بعد ما علمت- غير ثابت، و منقوله غير حجّة، و أضعف منه التمسّك بجريان الصدر السلف عليه، إذ لم يكن فى السلف للفرقة الناجية قضاة علانية يحضرون و يعزّرون غالبا، بحيث تثبت منه السيرة أو الإجماع، و كان الحكم بيد المتغلّبة.

و بالجملة: لا- وجه تامّا لوجوب الإحضار مع جواز الحكم على الغائب، فالأقرب: التخيير، و الأولى البعث إليه و إخباره بأنّه يحضر أو يحكم عليه.

ثمّ إنّ بعض شرّاح المفاتيح- بعد بيان وجوب الإحضار كما تقدّم- قال فى شرح مسألة الحكم على الغائب: كما يجب على القاضى إحضار الخصم مع سؤال المدّعى و إمكان حضوره، كذلك يجوز- على المشهور- أن لا- يحضره، بل يحكم على من غاب عن مجلس القضاء، سواء كان مسافرا أو حاضرا فى البلد. انتهى.

و لا يخفى ما فيه من التناقض ظاهرا.

و أمّا بعث المنادى و ختم الدار فلم أظفر له على رواية، و يشبه أن يكون ذلك مستخرجا من الاعتبارات التى يستحسنها العامّة، و إن كان شأن مثل الفاضل أرفع من ذلك، و لو لا أنّه تصرّف فى مال الغير بدون إذنه لقلنا باستحبابه، لفتوى ذلك الشيخ الجليل.

و اللّه هو الهادى إلى سواء السبيل.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج‌١٧، ص: ١٣٩

الفصل الثانى فيما يتعلّق بالمدّعى و دعواه

اشارة

و فيه مسائل:

المسألة الأولى: لمّا كانت تتعلّق بالمدّعى أحكام- كتقديم مختاره من الحاكمين، و طلب البيّنة منه، و نحو ذلك- مسّت الحاجة إلى معرفته

، و عرّفه الفقهاء بثلاثة تعريفات:

أحدها:

أنّه الـذى لو ترك الخصومة و النزاع لترك و حاله، و خلّى و نفسه. و بعبارة اخرى: أنّه الذى لو سـكت و لم يخاصم سـكت عنه، و لم يخاصم، و لم يتوجّه إليه كلام، و لم يطالب بشىء.

و ثانيها: مسـتند الشـيعة فى أحكام الشريعة ج۱۷ ۱۳۹ المسألـة الأولى: لما كانت تتعلق بالمـدعى أحكام - كتقـديم مختاره من الحاكمين، و طلب البينة منه، و نحو ذلك - مست الحاجة إلى معرفته ..... ص : ۱۳۹

ّ المـدّعى هو الذى يدّعى خلاف الأصل. و الظاهر أنّ المراد بالأصل هو القاعدة دون أصل العدم خاصّة، فيكون مدّعى ملكية عين فى يد غيره مدّعيا.

و ثالثها:

إنّ المدّعى هو الذى يذكر أمرا خفيّا بحسب الظاهر، أى خلاف الظاهر بحسب المتعارف و المعتاد.

و المنكر خلاف المدّعى على كلّ من التعريفات.

و قد زيد رابع أيضا

، و هو الذى يدّعى الثانى أو الثالث، نقله فى النافع و الشرائع و القواعد و الروضة قولا «۱» .. و يحتمل أن يكون الترديد

---

(۱) المختصر النافع: ۲۸۴، الشرائع ۴: ۱۰۶، القواعد ۲: ۲۰۸، الروضة ۳: ۷۶.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۱۴۰

لبيان تعدّد القول دون أقسام المدّعى، كما هو الظاهر من الشرائع.

و قد يزاد خامس

، و هو: أنّ المدّعى من يكون فى مقام إثبات قضيّة على غيره، ذكره فى مجمع البحرين قائلا: إنّه الظاهر من الحديث «۱».

و حكى نسبته إلى الصدوق أيضا.

و ليس المراد بالترك فى التعريف الأول تركه مطلقا و لو من غير جهـة تلك الـدعوى الخاصّـة التى يـدّعيها، بل المراد تركه من هـذه الجهة و من تلك الحيثيّة، فإنّ قيد الحيثيّة فى التعاريف مأخوذ، بل رجوعه إلى ما تقتضيه الحالة السابقة شرعا لو لا تلك الدعوى، كما صرّح به والـدى العلّامـة قـدّس سرّه فى المعتمـد، قال: المراد بالترك هو: عـدم الإلزام بأمر متجدّد حادث، مع العمل بالحالة السابقة و الرجوع إلى ما ثبت شرعا قبل الدعوى. و بعدمه: الإلزام بمتجدّد حادث لإثبات واقع قبلها. انتهى.

و ذكر قريبا منه المحقّق الأردبيلى.

و المراد بالأصـل فى التعريف الثـانى هو القاعـدة الثابتـة شـرعا، اللّـازم أخـذها لو لاـ ثبوت خلافهـا، سواء كان أصل العـدم أو غيره، لا خصوص أصل العدم و الاستصحاب.

و على هـذا يظهر تسـاوق المعنيين الأولين و اتّحادهمـا و تلازمهمـا فى جميع الموارد، إذ كـلّ من يـدّعى خلاف أصل بالمعنى الـذى ذكرنا لو ترك دعواه يترك و يعمل بالأصل الذى ادّعى خلافه، و كلّ من يترك على الحالة السابقة و يعمل بمقتضاها شـرعا لو ترك الدعوى يدّعى خلاف الأصل بالمعنى المذكور.

---

(۱) مجمع البحرين ۱: ۱۴۳.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۱۴۱

و ما يتوهّم فيه افتراقهما من دعوى المديون الردّ، حيث إنّه يدّعى خلاف الأصل و لا يترك لو ترك.

فاسد، لأنّه أيضا لو ترك هذه الدعوى يترك من هذه الحيثيّة، و يعمل بمقتضى الحالة السابقة، و هى وجوب الردّ عليه.

و كذا الكلام فى دعوى المتصرّف فى مال الغير- بنحو من الأنحاء- الردّ، فإنّ عدم ترك مدّعى الإيفاء و الردّ بعد الإقرار و مؤاخذته بهما إنّما هو مقتضى الحالة السابقة المستصحبة و رجوع إليها.

و قد يتوهّم الافتراق فى مثل دعواه عدم كون بائع مال زيد وكيلا عنه مع إقرار زيد بالتوكيل ليردّ العين أو يستردّ الثمن أو لا يطالب به.

و هو أيضا فاسد، لأنّه ليس مدّعيا فى تلك الدعوى، بل هو المدّعى للوكالة بعد الإقرار بملكيّة الغير، لأنّه لو ترك يترك على ما تقتضيه الحالة السابقة شرعا من الردّ و الاسترداد.

نعم، لو ادّعى المشترى استحقاق الردّ أو الاسترداد مطلقا فيكون مدّعيا من تلك الجهة، فهاهنا دعويان، إحداهما: فساد البيع من غير تعرّض للتوكيل و عدمه، فالمشترى مدّع بالمعنيين. و الأخرى: فساده من جهة انتفاء التوكيل، و هو مدّعى عليه من هذه الجهة. و هكذا فى أمثاله.

و ممّا ذكرنا ظهر أيضا اتّحاد المعنى الخامس مع الأولين أيضا.

و أمّا تفسيره بمعنى من يدّعى خلاف الظاهر فهو قد يفارق الأولين، كما فى مثال إسلام الزوجين الذى ذكروه، إذا ادّعى أحدهما التقارن و الآخر التعاقب، حيث إنّ الأصل التعاقب، لأصالة تأخّر إسلام كلّ منهما إلى آخر ما يمكن التأخير إليه. و خلاف الظاهر العلم بالتقارن.

و يفارقهما أيضا فى دعوى زيد مالا على عمرو، فإنّه مدّع على

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۱۴۲

الأولين دون التفسير بدعوى خلاف الظاهر.

و كيف كان، فالظاهر من المعانى المذكورة هو أحد الثلاثة، أو جميعها، من جهة أنّها تتّحد مواردها للعرف، الذى هو الحاكم فى أمثال المقام، فإنّه المتبادر عرفا.

و لا يعارضه وضع لغوى، لعدم ثبوت وضع لغوى- مخالف لذلك- لمبدإ اشتقاق المدّعى، الذى هو: الدعوى أو الادّعاء. و لا يضرّ ثبوته لمثل الدعاء و الدعوة، لاختلاف اللفظين و لو من جهة الهيئة الاشتقاقيّة.

و يدلّ عليه أيضا استقراء موارد استعمال هذه الألفاظ فى الأخبار، كما لا يخفى على المتتبّع.

و أمّا التفسير بدعوى خلاف الظاهر، فهو ممّا لا دليل عليه، و لا شاهد له من العرف أو اللغة، و يخالف ما يطلق عليه المدّعى فى بعض الموارد قطعا كما أشرنا إليه.

و مع ذلك يخدشه: أنّ الظهور و الخفاء قد يحصل بأمارات جزئيّة مختلفة بالنسبة إلى الأشخاص- كالعدالة و الأمانة و سائر القرائن- فيلزم أن يكون شخص واحد فى دعوى واحدة مدّعيا عند حاكم يعرف ديانة المدّعى عليه، و منكرا عند آخر لا يعرفها، و يستبعد وضع لفظ المدّعى و المنكر لمثل ذلك.

و لذلك قد يقال: بأنّ المراد بالظاهر فى ذلك التفسير هو الظاهر شرعا، أى لو لا دليل على خلافه ثبت أخذه شرعا ما لم يثبت خلافه، و يرجع حينئذ إلى المعنى الأول، بالمعنى الذى ذكرنا للأصل.

و قد يفسّر الظاهر بمقابل الخفى، و الأصل بأصل العدم و الاستصحاب،

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۱۴۳

و يحمل الترديد فى التعريف- كما فى النافع و الشرائع «۱» و غيرهما «۲»- على الاختلاف فى تقديم الأصل أو الظاهر عند تعارضهما.

[ففى] «۳» كلّ موضع يقدّم الأصل يجعل المدّعى من يدّعى خلافه.

و فى كلّ موضع يقدّم الظاهر يجعل من يدّعى خلاف الظاهر.

و فى كلّ موضع تساويا فى الظهور و الخفاء و مخالفة الأصل و موافقته- كما لو ادّعى كلّ منهما عينا فى يدهما جميعا- يرجع إلى التداعى، لكون كلّ منهما مدّع من جهة، و مدّعى عليه من اخرى.

و لا يخفى أنّ هذا أيضا يرجع إلى التفسير الأول، لأن الظاهر الثابت تقديمه شرعا على الأصل هو الأصل بالمعنى الذى ذكرناه، و مع ذلك لا يلائم تعريفه بمن يدّعى خلاف الظاهر خاصّة.

و قد يقوى تعريفه بمدّعى خلاف الظاهر بتعلّق اليمين فى بعض الموارد على من معه الظاهر، فمقابله يكون مدّعيا.

و فيه: أنّه كلّ ما كان كذلك فإنّما هو فى موضع يكون الظاهر حجّة شرعا، فيكون أصلا و لو سلّم عدم حجيّته فى بعض المواضع، فيكون تعلّق اليمين ثابتا بدليل خارج، كما فى اليمين المردودة و جزء البيّنة و الاستظهاريّة. و ليس فى مطلق تعلّق اليمين دلالة على كون مخالفه مدّعيا.

و قد يقوى أيضا بأنّ جعل البيّنة على المدّعى قرينة على أنّه الطرف الأضعف، و المنكر هو الطرف الأقوى، و لذا جعلت عليه اليمين، و من معه

---

(١) المختصر النافع: ٢٨٤، الشرائع ۴: ١٠۶.

(٢) كالمسالك ٢: ٣٨٧، الرياض ٢: ۴١٠.

(٣) فى «ح» و «ق»: فى، و الأنسب ما أثبتناه.

الظاهر يقوى طرفه بالظهور، فيكون مخالفه مدّعيا.

و لا يخفى ما فيه، فإنّه علّة مستنبطة لا حجّية فيه، مع أنّ الظهور إن كان بدون لزوم أخذه شرعا تمنع تقويته، و إلّا فيرجع إلى الأصل بالمعنى الذى ذكرناه.

ثمّ لا يخفى أنّ توجّه اليمين فى بعض الموارد على المدّعى لا يوجب نقضا فى تعريفه أصلا، إذ ليس عدم توجّه اليمين جزء من حقيقته و لا مأخوذا فى تعريفه، و إنّما هو حكم شرعىّ ثابت له بالعمومات أو المطلقات القابلة للتخصيص و التقييد، فكلّما توجّه يمين على المدّعى العرفى فهو من ذلك الباب، مع أنّ فى ما مثّلوا به للنقض من الودعىّ المدّعى للردّ كلاما مرّت الإشارة إليه.

و لا يخفى أيضا أنّه يمكن أن يكون شخص واحد مدّعيا و مدّعى عليه باعتبارين، و كلّ من المتداعيين مدّعيا و منكرا كذلك، كما مرّ بعض أمثلته فى مسألة تقديم من يختاره المدّعى من الحاكمين، و منه ما إذا ادّعى البائع بيع عبده و ادّعى المدّعى شراء أمة البائع، إلى غير ذلك.

المسألة الثانية: يشترط فى المدّعى أن يكون بالغا عاقلا

، فلا تسمع دعوى الصغير و لا المجنون، بلا خلاف يوجد، كما صرّح به طائفة «١»، بل بالإجماع كما فى المعتمد، بل بالإجماع المحقّق.

قيل:

و للأصل، أى أصالة عدم ترتّب آثار الدعوى من وجوب سماعها و قبول بيّنة المدّعى و سقوط دعواه بالحلف و ثبوتها بالنكول و نحوها عليها، لاختصاص ما دلّ على سماع الدعوى و أحكامها- بحكم التبادر-

(١) منهم المحقّق فى المختصر النافع: ٢٨۴، العلّامة فى القواعد ٢: ٢٠٨، السبزوارى فى الكفاية: ٢٧۴، صاحب الرياض ٢: ۴١٠.

بما إذا صدرت ممّن اجتمعت فيه الشرائط، التى منها التكليف، مضافا إلى تضمّن الدعوى أمورا تتوقّف على التكليف، كإقامة البيّنة و نحوها «١».

و لا يخلو عن نظر، لمنع التبادر المذكور من مثل قوله كُونُوا قَوّامِينَ بِالْقِسْطِ «٢» و قوله فَاحْكُمْ بَيْنَ النّاسِ بِالْحَقِ «٣» و نحوهما «۴»، بل مثل قوله عليه السّلام: «البيّنة على المدّعى» «۵»، لأنّ ذلك حكم وضعىّ لا تكليفى. و منع توقّف ما ذكر على التكليف، و لو سلّم فينتقل الكلام فى دعوى لا تتوقّف على ذلك، فالمناط: الإجماع.

مضافا إلى تضمّن الدعوى كثيرا تصرّفات ماليّة- كإحلاف أو إقرار- لا تجوز منهما، إلّا أنّ مقتضاهما الاقتصار فى عدم السماع بما يثبت فيه الإجماع، أو ما أوجب تصرّفا ماليّا منه.

فلو جاء يتيم لا ولىّ له إلى حاكم و ادّعى: أنّ فلانا فقأ عينى أو قتل أبى أو نزع ثوبى و يريد الفرار ولى بذلك شهود فاسمع شهودى و خذ بحقّى، و لا يمكن الأخذ بعد فراره، فليس فيه تصرّف مالىّ له، و تحقّق الإجماع على عدم السماع فيه غير معلوم.

نعم، يمكن القول بعدم جواز إحلافه و لا قبول حلفه لو ردّ إليه حينئذ، بل الحاكم يحلّف المنكر من جهة ولايته لو ظنّ صدق الصغير، فتأمّل.

و زاد المحقّق الأردبيلىّ رحمه اللّه و والدى العلّامة- طاب ثراه- و بعض

(١) انظر الرياض ٢: ۴١٠.

(٢) النساء: ١٣۵.

(٣) سورة ص: ٢۶.

(۴) المائدة: ٨، ۴٢.

(۵) الوسائل ٢٧: ٢٣٣ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٣.

آخر «١»: الرشد أيضا، و ادّعى فى المعتمد الإجماع عليه صريحا.

و لا أرى له دليلا، سيّما فيما لا يتضمّن دعوى ماليّة، كادّعاء القذف و الضرب و الجرح و نكاح الولى فى حال الصغر و نحوها. و الإجماع مطلقا غير ثابت.

نعم، لا تسمع دعواه المتضمّنة للتصرّفات الماليّة، لعدم جوازها من السفيه، أو تسمع إلّا إذا انتهى إلى تصرّف مالى.

و أن يدّعى لنفسه أو لمن له الولاية عليه أبوّة أو حكومة أو قيمومة أو وصاية أو وكالة، بالإجماع مطلقا إثباتا، و فى الجملة نفيا.

و قد يزاد دليلا للنفى: أنّ المدّعى من يطالب بحقّ مالىّ أو غيره، و لا حقّ لغير من ذكر، و حقّ الغير ليس له مطالبته.

و فى كون المدّعى من ذكر مطلقا و عدم جواز مطالبة حقّ الغير كذلك و لو بمجرّد إثباته نظر.

و قد يزاد أيضا الأصل، فإنّ الأصل عدم وجوب السماع، و عدم جواز إجبار الغريم على الجواب، و عدم ترتّب سائر آثار الحكم.

و فيه: أنّه حسن لو لا عمومات الحكم، نحو قوله سبحانه وَ أَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِما أَنْزَلَ اللّهُ «٢».

و لِتَحْكُمَ بَيْنَ النّاسِ بِما أَراكَ اللّهُ «٣».

و فَاحْكُمْ بَيْنَ النّاسِ بِالْحَقِ «۴».

(١) كالمحقق القمى فى رسالة القضاء (غنائم الأيام): ٦٧٧.

(٢) المائدة: ٤٩.

(٣) النساء: ١٠٥.

(۴) سورة ص: ٢۶.

و قد أنزل سبحانه و أراه أنّ البيّنة على المدّعى «١»، و الأصل عدم نزول غيره من ردّ الدعوى و عدم سماعها.

و مقتضى الأمر بالمحاكمة بينهم هو التحاكم و رفع النزاع مطلقا، فالمناط فى جانب النفى هو الإجماع، فيقتصر فيه على الثابت فيه الإجماع، و هو المدّعى عن الغير بلا ولاية و لا وكالة و لا إذن صريح أو بالفحوى أو شاهد الحال، فلو ادّعى بأحد هذه الوجوه تسمع الدعوى، و يحكم بما تقتضيه الشريعة.

و أمّا ما على الحاكم بعد السماع و ما يجوز للمدّعى بعد الدعوى فهو أمر آخر، إذ تختلف آثار الدعوى فى الموارد، فإنّه ليس على الوكيل و الوصىّ الحلف و لا ـ ردّ اليمين بدون التوكيل فيه للوكيل أو المصلحة للولى، و لا ينفذ إقرار الوكيل، و لا يجوز له الأخذ بدون التوكيل فيه.

و الحاصل: أنّ المراد هنا بيان شرائط صحّة الدعوى و سماعها، و أمّا لوازمها و آثارها فيذكر كلّ منهما فى موضعه.

ثمّ بما ذكرنا- من الاقتصار فى النفى بموضع الإجماع- يعلم عدم توقّف سماع دعوى الوكيل على ثبوت وكالته، كما هو ظاهر التحرير فى بحث جواب المدّعى عليه أنّ ما فى يده ليس له و أنّه لغائب، قال: و لو أقام ذو اليد البيّنة للغائب لم يقض بها للغائب، و لو ادّعى وكالة الغائب كان له إقامة البيّنة عن الغائب «٢».

و ظاهر المحقّق الأردبيلىّ و بعض الفضلاء المعاصرين التوقّف، حيث قيّدا السماع بالثبوت «٣».

(١) الوسائل ٢٧: ٢٣٣ أبواب كيفية الحكم و احكام الدعوى ب ٣.

(٢) التحرير ٢: ١٩٠.

(٣) غنائم الأيام: ٦٧٧.

و بما ذكرنا- من الاكتفاء بشاهد الحال- يصحّ سماع دعوى الأمين الذى بيده مال الغير و لا يمكنه إثبات وكالته فى الدعوى، مع إيجاب تأخيرها ضياع حقّ مالكه، مع أنّ فى مثله حقّا للأمين أيضا، و هو أنّه لو لا الادّعاء للزم التفريط المستلزم للضمان، بل له حقّ الأخذ منه.

و كذا يصحّ سماع دعوى مثل الجار الذى ادّعى لجاره الغير الحاضر على شخص بأنّه سرق مال جاره و يريد الفرار.

و دعوى ردّ صديقه الغائب الدين الذى يدّعيه الدائن عند الحاكم ليأخذ من ماله.

أو إيفاء الميّت- الذى له صغار- دينا يدّعيه عليه غيره، و يعلمه شخص آخر، و يعلم شهوده عليه.

هذا إذا كانت الدعوى بشاهد الحال بقصد كونه من جانب المالك، و إلّا فقد يدخل فى باب الشهادة.

المسألة الثالثة: يشترط فى سماع الدعوى صحّتها و إمكان ما يدّعيه

- فلا عبرة بدعوى محال عقلا أو عادة أو شرعا- و لزومه، فلو ادّعى هبة أو وقفا لم تسمع إلّا مع دعوى الإقباض، و كذا الرهن عند مشترط الإقباض فيه، فإنّ الإنكار فيما لا يلزم رجوع، و لأنّه مع الإثبات لا يجوز الإجبار على التسليم، كذا ذكروا.

و فيه نظر، لأنّ أصل الملك شيء، و لزومه أمر آخر، و لكلّ منهما فوائد، فيمكن دعوى أحدهما بدون الآخر، و إذا ثبت أحدهما يبقى الآخر، فإن سلّم المدّعى عليه ذلك، و إلّا لا بدّ من إثبات ذلك الأمر إن أراد اللزوم، فيمكن أن يثبت أو يحلف كما فى سائر الدعاوى، و لولاه لزم عدم دعوى شراء حيوان إلّا مع ضمّ مضيّ زمان سقوط خيار الثلاثة و تفرّق المجالس.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۱۴۹

و الظاهر عدم القائل بذلك، و لذا تأمّل فى أصل الاشتراط المحقّق الأردبيلى، معلّلا بما ذكرنا، فلا يبعد سماع الدعوى، و مع ثبوتها العمل بمقتضاها و لوازمها، إن متزلزلا فمتزلزلا، و إن لازما فلازما.

و لو قلنا: بأنّه إن ذكر فائدة للدعوى أو كانت الفائدة موافقة للأصل تسمع و إلّا فلا، كان أقرب، بل هو الأظهر، كما سيظهر وجهه.

المسألة الرابعة: يشترط أن يكون المدّعى به ممّا يصحّ تملّكه

، فلا تسمع دعوى ما لا يملك، كحشرات الأرض- إلّا مع التصرّف فيه لمنفعة مقصودة للعقلاء كدواء- و كالخمر و الخنزير إذا كان المدّعى مسلما و لو على ذمّيّ، و الوجه ظاهر.

المسألة الخامسة: ذهب المحقّق «۱» و جماعة «۲» إلى أنّه يشترط فى الدعوى كونها بصيغة الجزم

اشاره

، فلو قال: أظنّ، أو: أتوهّم أنّ لى أو لأبى عليك دينارا، أو أنّك سرقت مالى، لم تسمع دعواه، حتى ادّعى اليقين فيما ادّعاه، و هو المحكيّ عن ابن زهرة و الكيدرى و التنقيح «۳»، و نسبه فى الكفاية إلى المشهور «۴»، و فى المعتمد إلى الأكثر.

و حكى عن الشيخ نجيب الدين بن نما و فخر المحقّقين و الشهيدين فى النكت و المسالك عدم الاشتراط «۵»، و هو ظاهر المحقّق الأردبيلى،

---

(۱) الشرائع ۴: ۸۲.

(۲) كالشهيد الثانى فى المسالك ۲: ۳۶۶، السبزوارى فى الكفاية: ۲۶۶، صاحب الرياض ۲: ۴۱۰.

(۳) الغنية: ۶۲۵، حكاه عن الكيدرى فى الرياض ۲: ۴۱۰، التنقيح الرائع ۴: ۲۶۷.

(۴) الكفاية: ۲۶۶.

(۵) حكاه عن ابن نما فى الشرائع ۴: ۸۲ بقرينة ما فى الإيضاح ۴: ۳۲۷- ۳۲۸ و التنقيح ۴: ۲۶۷ و ..، و فخر المحققين فى الإيضاح ۴: ۳۲۷، و حكاه عن نكت الإرشاد فى الرياض ۲: ۴۱۰، المسالك ۲: ۳۶۶.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۱۵۰

و اختاره بعض فضلائنا المعاصرين «۱».

و لكن المنقول عن الأول عدم الاشتراط فى التهمة «۲»، و عن المحقّق الثانى عدم الاشتراط فيما يخفى عادة و يعسر الاطّلاع عليه- كالقتل و السرقة و نحوهما- و الاشتراط فى نحو المعاملات «۳»، و هو ظاهر الدروس و الروضة «۴».

و قيل: لعلّهم أرادوا بـذلك ما ذكره ابن نما، فيتحـدان، و هو ظاهر بعض مشايخنا المعاصـرين، حيث نفى الخلاف فى الاشتراط فيما لا يخفى، قال: و أمّا فى غيره- كالتهمة- فقولان، و نسب القول بعدم الاشتراط إلى الذين ذكرناهم «۵».

و نقل فى شـرح المفاتيـح عن الشـهيد الثانى و ابن نما القول بعـدم الاشتراط مطلقا، ثمَّ قال: و قوّى المحقّق الشـيخ علىّ عدم الاشتراط فيما يخفى عادة. و ظاهره تغاير القولين.

و لعلّ من حكم بالاتّحاد فهم من التهمة ما يخفى، و من حكم بالتغاير حمل التهمة على مجرّد التوهّم، الذى هو أعمّ من الظنّ.

و تردّد الفاضل فى القواعـد و الإرشاد و التحرير «۶»، و هو ظاهر الصـيمرى و المفاتيح و شـرحه و الكفاية «۷»، و إن كان كلام الأخير إلى عدم

(۱) المحقّق القمى فى رسالة القضاء (غنائم الأيام): ۶۷۸.

(۲) انظر الشرائع ۴: ۸۲.

(۳) حكاه عنه فى مفتاح الكرامة ۱۰: ۶۹.

(۴) الدروس ۲: ۸۴، الروضة ۳: ۸۰- ۸۱.

(۵) انظر الرياض ۲: ۴۱۰.

(۶) القواعد ۲: ۲۰۸، الإرشاد ۲: ۱۴۴، التحرير ۲: ۱۸۶.

(۷) المفاتيح ۳: ۲۵۹، الكفاية: ۲۶۶.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۱۵۱

الاشتراط أميل.

و قال والـدى المحقّق رحمه اللّه: و التحقيق عنـدى سـماع الدعوى أولا، مع احتمال إقرار الخصم، أو شـهادة بيّنة لها، أو ادّعاء المدّعى سماع أحـدهما، حـذرا من تأدّى عدمه إلى الإضاعة المنهىّ عنها. فإن تحقّق أحدهما حكم بمقتضاه، و إلّا سـقطت الدعوى كسـقوطها أولا إن قطع بعدم احتمال شىء منها.

إلى أن قـال: فالظـاهر أنّ المشترط للجزم لاـ ينفى إصـغاء الحـاكم إلى الظـانّ أولا مع تطرّق الاحتمالات المـذكورة، و إنّما لم يتعرّض لذلك مسامحة، أو إحالة إلى الظهور. انتهى.

و الأـقوى: عـدم الاـشتراط مطلقـا، سواء كانت فى المخفيّات و غيرها، كما صـرّح به الفاضل المعاصـر «۱»، لأصالـة عدم الاشتراط. مع صدق الدعوى على غير المجزومة أيضا، فيقال: دعوى ظنّية، أو احتمالية، و يدلّ عليه عدم صحّة السلب عرفا، فتشملها إطلاقات أحكام الدعوى و المدّعى.

و لعموم أدلّة الحكم، كقوله سبحانه وَ أَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِما أَنْزَلَ اللَّهُ «۲».

و قوله جلّ شأنه فَلا وَ رَبِّكَ لا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيما شَجَرَ بَيْنَهُمْ «۳».

و قوله عزّ جاره فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِ «۴»، و غير ذلك «۵».

(۱) المحقق القمّى فى رسالة القضاء (غنائم الأيام): ۶۷۸.

(۲) المائدة: ۴۹.

(۳) النساء: ۶۵.

(۴) سورة ص: ۲۶.

(۵) النساء: ۱۳۵.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ١٥٢

قيل:

فى دلالة عموم أدلّة الحكم نظر، إذ لعلّ الحكم و ما أنزل اللّه عدم السماع «۱».

و فيه:

أنّه يتمّ لو لا مثل قوله: «البيّنة على المدّعى» فإنّه الحقّ و ممّا أنزل اللّه، و الأصل عدم إنزال غيره.

و للروايات المذكورة فى باب ضمان الصائغ و الأجير و غير ذلك الباب «۲».

و كرواية بكر بن حبيب: «لا يضمن القصّار إلّا ما جنت يداه، و إن اتّهمته أحلفته» «۳».

و الأخرى: أعطيت جبّة إلى القصّار فذهبت بزعمه، قال: «إن اتّهمته فاستحلفه، و إن لم تتّهمه فليس عليه شيء» «۴».

و صحيحة أبى بصير: عن قصّار دفعت إليه ثوبا فزعم أنّه سرق من بين متاعه، فقال: «عليه أن يقيم البيّنة أنّه سرق من بين متاعه و ليس عليه شيء» «۵».

و الأخرى: «لا يضمن الصائغ و لا القصّار و لا الحائك، إلّا أن يكونوا متّهمين فيجيئون بالبيّنة، و يستحلف لعلّه يستخرج منه شيء» «۶».

---

(۱) الرياض ۲: ۴۱۱.

(۲) الوسائل ۱۹: ۱۴۱ و ۱۴۸ أبواب أحكام الإجارة ب ۲۹ و ۳۰.

(۳) التهذيب ۷: ۲۲۱- ۹۶۷، الاستبصار ۳: ۱۳۳- ۴۸۱، الوسائل ۱۹: ۱۴۶ أبواب أحكام الإجارة ب ۲۹ ح ۱۷.

(۴) التهذيب ۷: ۲۲۱- ۹۶۶، الوسائل ۱۹: ۱۴۶ أبواب أحكام الإجارة ب ۲۹ ح ۱۶.

(۵) الكافى ۵: ۲۴۲- ۴، الفقيه ۳: ۱۶۲- ۷۱۲، التهذيب ۷: ۱۲۸- ۹۵۳، الوسائل ۱۹: ۱۴۲ أبواب أحكام الإجارة ب ۲۹ ح ۵.

(۶) التهذيب ۷: ۲۱۸- ۹۵۱، الفقيه ۳: ۱۶۳- ۷۱۵، الوسائل ۱۹: ۱۴۴ أبواب أحكام الإجارة ب ۲۹ ح ۱۱.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ١٥٣

و توهّم اختصاص تلك الروايات بالتهمة- فلا تنهض دليلا على العموم- فاسد، لأنّ التهمة تعمّ جميع المواضع التى ينكر فيها المدّعى عليه، فإنّها لا تختصّ بمثل القتل و السرقة، بل تشمل الكذب فى الإنكار و جلب النفع و دفع الضرر أيضا. و لا ينفكّ المدّعى عليه المنكر عن اتّهامه بأحد هذه الأمور.

و لا يضرّ الاختصاص بالأشخاص المذكورين فيها، لأنّ الظاهر عدم الفرق، مع أنّ العلّة المذكورة فى الأخيرة لعلّها عامّة.

و تؤيّد المطلوب أيضا روايتا أبى بصير «۱» و الأصبغ «۲» الواردتين فى قضية الشابّ الذى ذهب [أبوه] «۳» مع جمع إلى سفر و لم يرجع، حيث قضى شريح فيها بالحلف، ثمّ فرّق أمير المؤمنين عليه السّلام بين الشهود. فإنّ الظاهر كون دعوى الشابّ احتماليّة أو ظنّية.

و يؤيّد المطلوب أيضا سماع دعوى الورثة و حلفهم بنفى العلم ببراءة المديون.

احتجّ المشترطون بأنّ المتبادر من الدعوى ما كان بالجزم.

و بأنّ الدعوى توجب التسلّط على الغير بالالتزام بالإقرار، أو بالإنكار، أو التغريم، و هو ضرر عليه.

و بأنّ الدعوى فى معرض أن يتعقّبها يمين المدّعى، أو القضاء بالنكول، و هما غير ممكنين، لاستحالة الحلف بدون الجزم، و امتناع ثمرة

---

(۱) الكافى ۷: ۳۷۱- ۸، التهذيب ۶: ۳۱۶- ۸۷۵، الفقيه ۳: ۱۵- ۴۰، الوسائل ۲۷: ۲۷۹ أبواب كيفية الحكم و احكام الدعوى ب ۲۰ ح

.١

(٢) الكافى ٧: ٣٧٣- ٩، الوسائل ٢٧: ٢٠٨ أبواب كيفية الحكم و احكام الدعوى ب ٢٠ ح ١.

(٣) ما بين المعقوفين ليس فى النسخ، أضفناه من المصادر.

النكول، إذ لا يستحلّ للغريم أن يأخذ بمجرّد إنكار المدّعى عليه و نكوله، لاحتمال كونه للتعظيم أو غيره.

و بالأخبار المصرّحة: بأنّه إذا ردّ اليمين على المدّعى فلم يحلف فلا حقّ له، كصحيحتى محمّد «١» و جميل «٢»، و مرسلتى أبان «٣» و يونس «۴»، و أخبار البصرى «۵» و البقباق «۶» و يونس «٧».

و الجواب عن الأول:

منع التبادر كما مرّ، و لا- يثبته حكم الإمام [عليه السلام] فى بعض الأخبار «٨» بردّ اليمين على المدّعى بالإطلاق، لأنّ غايته أنّه عامّ خصّ.

و عن الثانى:

منع كون الإنكار و الحلف ضررا، و لو سلّم فتخصيص عمومات نفى الضرر بالأدلّة الشرعيّة ليس بعزيز، مع أنّه قد يعارض بضرر المدّعى أيضا فى عدم سماعه، كما إذا قطع بأنّ أحد هذين أخذ ماله و لم

---

(١) الكافى ٧: ۴١۶- ١، التهذيب ۶: ٢٣٠- ۵۵٧، الوسائل ٢٧: ٢۴١ أبواب كيفية الحكم و احكام الدعوى ب ٧ ح ١.

(٢) الفقيه ٣: ٣٧- ١٢٧، الوسائل ٢٧: ٢۴٢ أبواب كيفية الحكم و احكام الدعوى ب ٧ ح ۶.

(٣) الكافى ٧: ۴١۶- ۴، التهذيب ۶: ٢٣٠- ۵۶١، الوسائل ٢٧: ٢۴٢ أبواب كيفية الحكم و احكام الدعوى ب ٧ ح ۵.

(۴) الكافى ٧: ۴١۶- ٣، التهذيب ۶: ٢٣١- ۵۶٢، الوسائل ٢٧: ٢۴١ أبواب كيفية الحكم و احكام الدعوى ب ٧ ح ۴.

(۵) الكافى ٧: ۴١۵- ١، التهذيب ۶: ٢٢٩- ۵۵۵، الفقيه ٣: ٣٨- ١٢٨، الوسائل ٢٧: ٢٣۶ أبواب كيفية الحكم و احكام الدعوى ب ۴ ح ١.

(۶) الكافى ٧: ۴١٧- ٢، التهذيب ۶: ٢٣١- ۵۶٣، الوسائل ٢٧: ٢۴٣ أبواب كيفية الحكم و احكام الدعوى ب ٨ ح ٢.

(٧) لم نعثر عليه.

(٨) الوسائل ٢٧: ٢۴١ أبواب كيفية الحكم و احكام الدعوى ب ٧.

يعلم التعيين، فتكون دعواه على كلّ منهما غير مجزومة، و تخصيص السماع بمثل ذلك لعلّه فصل بلا قائل.

و عن الثالث:

منع امتناع ثمرة النكول، و منع عدم الحلّية بمجرّد النكول، فإنّ الشارع قد أحلّ المال للغريم فى نظائره كثيرا، كما فى صحيحة الحلبى: فى الغسّال و الصبّاغ: «ما سرق منهما من شى‌ء فلم يخرج منه على أمر بيّن أنّه قد سرق و كلّ قليل له أو كثير فهو ضامن، فإن فعل فليس عليه شى‌ء، و إن لم يفعل و لم يقم البيّنة و زعم أنّه قد ذهب الذى قد ادّعى عليه فقد ضمنه إن لم تكن له بيّنة على قوله» «١».

و صحيحته الأخرى: عن رجل جمّال استكرى منه إبل، و بعث معه بزيت إلى أرض، فزعم أنّ بعض الزقاق انخرق فأهراق ما فيه، فقال: «إنّه إن شاء أخذ الزيت» و قال: «إنّه انخرق، و لكنّه لا يصدّق إلّا ببيّنة عادلة» «٢».

و الثالثة: فى حمّال يحمل معه الزيت، فيقول: قد ذهب، أو أهرق، أو قطع عليه الطريق: «فإن جاء ببيّنة عادلة أنّه قطع عليه أو ذهب فليس عليه شى‌ء، و إلّا ضمن» «٣».

إلى غير ذلك من الأخبار المتكثّرة «۴».

و إذا استحلّ فى هذه الموارد أخذ المال من الغريم إذا لم تكن له بيّنة مع احتمال صدقه و عدم علم المدّعى بكذبه، فلم لا يستحلّ فيما نحن فيه

---

(١) الكافى ۵: ٢۴٢- ٢، التهذيب ٧: ٢١٨- ٩۵٢، الفقيه ٣: ١۶١- ٧٠٨، الوسائل ١٩: ١۴١ أبواب أحكام الإجارة ب ٢٩ ح ٢، بتفاوت.

(٢) الكافى ۵: ٢۴٣- ١، التهذيب ٧: ٢١٧- ٩۵٠، الفقيه ٣: ١۶٢- ٧١٠، الوسائل ١٩: ١۴٨ أبواب أحكام الإجارة ب ٣٠ ح ١، بتفاوت يسير.

(٣) الفقيه ٣: ١۶١- ٧٠٧، الوسائل ١٩: ١۵٣ أبواب أحكام الإجارة ب ٣٠ ح ١۶.

(۴) الوسائل ١٣: ٢٧۶ أبواب أحكام الإجارة ب ٣٠.

بالنكول؟! و هل كان المدّعى عالما باشتغال ذمّته؟! بل هذه الأخبار أيضا أدلّة لنا، إذ ليس للمدّعى فيها أيضا إلّا دعوى الخيانة أو التفريط احتمالا، فحكم الإمام بالسماع و طلب البيّنة من المدّعى عليه و الضمان بدونه.

و قد يوجد ما يمكن فيه طلب البيّنة من المدّعى عليه فى غير الدعوى المجزومة أيضا، كما إذا ادّعى عليه: إنّى أظنّ، أو أتوهّم عدم ردّك ما استقرضت منّى و بقاءه عليك.

و عن الرابع:

بأنّه مخصوص بما أمكن فيه الردّ قطعا، و هو هنا غير ممكن، لنهى الشارع عن الحلف بدون العلم.

و بأنّ الظاهر من قوله: «فلم يحلف» أنّه نكل عن الحلف، لا أنّ الشارع لم يجوّز له ذلك، بل نقول: إنّه صرّح فى روايتى أبى بصير «١» و يونس «٢» أنّه: «لا يستحلف الرجل إلّا على علمه» فتدلّان على عدم جواز الردّ فى المورد، و الأخبار المتقدّمة مخصوصة بما يجوز فيه الردّ قطعا بل فى بعضها: إنّ المدّعى عليه يستحلف المدّعى، و فى آخر: إنّ الحلف واجب على المدّعى بعد الردّ إليه، فلا يشمل المورد قطعا، بل و كذا كلّ ما يتضمّن ردّ المدّعى عليه، فإنّه يدلّ على جوازه له.

فإن قيل:

فتح باب ذلك قد يوجب الضرر ببسط يد المتغلّبة، فإنّ كثيرا منهم يقطعون بعدم حلف الأشراف و ذوى الشؤون للشىء اليسير،

---

(١) الكافى ٧: ۴۴۵- ٢، التهذيب ٨: ٢٨٠- ١٠٢١، الوسائل ٢٣: ٢۴٧ أبواب الأيمان ب ٢٢ ح ٢.

(٢) الكافى ٧: ۴۴۵- ۴، التهذيب ٨: ٢٨٠- ١٠٢٢، الوسائل ٢٣: ٢۴٧ أبواب الأيمان ب ٢٢ ح ۴.

فيدّعون على هذا دينارا و على ذلك كذا، و هكذا.

قلنا أولا:

بالمعارضة بالمثل فى الضرر- كما مرّ- لمن قطع بالأخذ و تردّد فى الأخذ بين شخصين أو أكثر.

و ثانيا:

أنّه إن ظن المدّعى عليه أو احتمل كذب المدّعى فى ادّعاء الظنّ أو الاحتمال فله أيضا حلفه على أنّه ظانّ أو مجوّز، و إلّا فلا يكون تغلّب و فتح لباب التغلّب.

ثمّ إنّ مقتضى الأدلّة التى ذكرنا: عموم سماع الدعوى الغير المجزومة، سواء كانت ظنّية أو احتماليّة، بل وهميّة، كما يظهر من كلام

جمع شمول محلّ النزاع له، كالشرائع و المفاتيح «١» و غيرهما «٢»، حيث عنونوا محلّ النزاع بقولهم: أظنّ، أو: أتوهّم. بل ظاهر كلّ من قال بعدم الجزم فى التهمة التعميم، إذ لا اختصاص للتهمة بالظنّ.

و قال فى الدروس: و أمّا الجزم فالإطلاق محمول عليه، فلو صرّح بالظنّ أو الوهم فثالث الأوجه السماع فيما يعسر الاطّلاع عليه «٣».

و هو صريح فى شمول النزاع للوهم أيضا.

و اختصاص بعضهم بذكر الدعوى الظنّية فى مورد الخلاف لا وجه له.

و من ذلك يظهر جواز تحليف كلّ من الجماعة التى يعلم عدم خروج الحقّ من بينهم.

فرع:

لو أنكر المنكر فى هذه الدعوى ظنّ المدّعى عليه أو تجويزه فلا يخلو إمّا يدّعى علمه بعدم المدّعى به، أو علمه بتحقّقه من جهة اشتباه

---

(١) الشرائع ۴: ٨٢، المفاتيح ٣: ٢۵٩.

(٢) الروضة ٣: ٨٠، مفتاح الكرامة ١٠: ۶٩.

(٣) الدروس ٢: ٨۴.

عليه و ادّعى الظنّ لعدم التسلّط على ردّ الحلف.

و له تحليفه على عدم العلم فى الصورة الأولى، لعموم الأدلّة، فيندفع تسلّط المدّعى إن نكل أو ردّ الحلف على مدّعى العلم، و يتسلّط على إحلاف المدّعى عليه ظنّا إن حلف على انتفاء العلم.

و أمّا على الثانية، فليس له حلف المدّعى على انتفاء العلم، لأنّ غايته أنّه يقول: إنّى لا أحلف و لا أريد ادّعاء العلم، و ردّ الحلف إنّما هو فى صورة التشبّث بالعلم لا غيره، و بمجرّد النكول عليه لا يثبت تحقّقه و انتفاء الظنّ حتى تلغى الدعوى الظنّية، فتكون دعواه الظنّية باقية.

نعم، له أن يحلّف المدّعى عليه على انتفاء المدّعى به، فتتمّ الدعوى، و على انتفاء الظنّ تماما تسقط الدعوى أيضا إن لم يدّع بعده العلم. و له يمين المنكر، و للمنكر الردّ إن ادّعى العلم بعده.

و أمّا تسلّط المنكر على المدّعى بحلفه على أنّه ظانّ فى أصل الدعوى الظنّية- كما ذكره بعض معاصرينا- فلا أرى له وجها.

المسألة السادسة: هل يشترط فى سماع الدعوى كون المدّعى به معلوما معيّنا

بالوصف فى المثلى، و القيمة فى القيمى، و الجنس، و النوع، و القدر، أم تكفى معلوميّته فى الجملة، كثوب، أو فرس، أو مال أو شىء؟

الحقّ: الثانى، وفاقا للنافع و الإرشاد و القواعد و الإيضاح و المسالك و الروضة «١» و والدى العلّامة فى المعتمد و أكثر متأخّرى المتأخّرين «٢»، بل

---

(١) المختصر النافع: ٢٨۴، الإرشاد ٢: ١۴٣، القواعد ٢: ٢٠٨ الإيضاح ۴: ٣٢٨، المسالك ٢: ٣۶٧، الروضة ٣: ٧٩.

(٢) كالسبزوارى فى الكفاية: ٢۶۶، الفاضل الهندى فى كشف اللثام ٢: ٣٣۵، صاحب الرياض ١: ۴١٣.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ١۵٩

الأكثر مطلقا كما فى شرح المفاتيح، لعمومات الدعوى و المدّعى و الحكم، و لأنّ عدم سماعه قد يوجب الضرر المعلوم المنفى شرعا، لأنّه ربّما يعلم حقّه بوجه ما خاصّة و يمكنه إثباته، و لا يعلم شخصه أو صفته، فلو لم تسمع دعواه لبطل حقّه.

و يؤيّده سماع دعوى الوصيّة بالمجهول و الإقرار به.

خلافا للمحكيّ عن المبسوط و السرائر و الدروس «١»، و نسب إلى التحرير أيضا «٢»، و ليس كذلك، لأنّه نقله عن الشيخ و تنظّر فيه «٣».

و استدلّ على العدم بعدم فائدتها، و هو حكم الحاكم لو أقرّ به المدّعى عليه أو ثبت بالبيّنة.

و يضعّف: بمنع عدم الفائدة، لأنّه يلزم حينئذ ببيان الحقّ المقرّ به أو المثبت، و يقبل تفسيره بمسمّى الدعوى، و يحلف على نفى الزائد، أو العلم به إن ادّعى عليه أحدهما كما يأتى. كذا قالوا.

و هو حسن لو فسّره الخصم، أمّا لو لم يفسّر- إمّا لادّعائه الجهل أيضا، أو لإصراره على العدم الواقعى و إن ألزم به ظاهرا- فإن كان الجهل فى القدر فيلزم بالقدر المشترك، و هو أقلّ قدر ثبت، و إن كان الجهل فى النوع أو الوصف فالظاهر الرجوع إلى القيمة، لأنّ بعد ثبوت العين عليه و عدم إمكان استخلاصها يجوز للمدّعى أخذ القيمة من باب التقاصّ، كما بيّن فى مسألة المقاصّة. و على هذا، فيرجع الجهل أيضا إلى القدر، فيؤخذ بأقلّ ما يمكن من الثمن.

---

(١) المبسوط ٨: ١۵۶، السرائر ٢: ١٧٧، الدروس ٢: ٨۴.

(٢) كما نسبه إليه فى الرياض ٢: ۴١٣.

(٣) التحرير ٢: ١٨۶.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ١۶٠

المسألة السابعة: لا يشترط عند كافّة أصحابنا- على ما صرّح به بعضهم «١»- ذكر سبب استحقاق المدّعى

، و لا كشف ما يلزمها و يتعلّق بها من الحقوق و اللوازم، بل يكفى فيها الإطلاق مجرّدا عن ذكر السبب و غيره، لأصالة عدم الاشتراط، و للعمومات المشار إليها، مع أنّ أسباب الاستحقاق كثيرة، و ضبط جميعها و ذكر مقدارها ممّا يؤدّى إلى الحرج.

نعم، يشترط فى دعوى القتل من ذكر سبب دعواه و كيفيّة قتله- بأنّه قتله بنفسه أو بأمره، عمدا أو شبه عمد، أو خطأ- للخلاف الواقع فى أحكام القتل باختلاف أسبابه و كيفيّاته.

و من مخالفينا من اشترط فى صحّة الدعوى ذكر السبب و تفصيل وجه لزومه فى ذمّة الخصم، إلّا أنّه خصّ ذلك بالدعاوى المتعلّقة بالعقود، فاعتبر فى دعوى البيع مثلا ذكر المبيع و وقوعه منه أو من وكيله، و تعيين ثمنه حالا أو مؤجّلا، و غير ذلك من المشخّصات، (و فى دعوى الزوجيّة ادّعاء العقد بخصوصيّاته، و تعيين المهر، و مطالبة النفقة، و سائر حقوقها) «٢» «٣».

و منهم من اشترط ذلك فى دعوى النكاح خاصّة «۴».

المسألة الثامنة: يشترط فى وجوب سماع الدعوى و الحكم عليها أن تكون متضمّنة لوقوع التخاصم و التنازع

، أو الإنكـار، أو نحوه، صـريحا أو ظاهرا، فلو قال أحـد: إنّ لى عشـرة دراهم على زيـد، و هو معترف بها و يؤدّيها، و لكن أريـد منك طلبه و سماع الإقرار منه و الحكم بمقتضاه، أو

---

(۱) كالفاضل الهندى فى كشف اللثام ۲: ۳۳۵.

(۲) ما بين القوسين ليس فى «ق».

(۳) المغنى و الشرح الكبير ۱۱: ۴۴۹.

(۴) حكاه عنهم فى كشف اللثام ۲: ۳۳۵.

أريـد إقامـة البيّنـة و صـدور الحكم. لم يجب السـماع، و لو سـمع و أقيمت البيّنـة، أو أقرّ عنـده، لم يجب الحكم، بل لا يجوز من باب القضـاء، لظهور الـدعوى فيمـا كـان فيه مخاصـمة، و لاختصـاص أدلّـة وجوب القضاء و نفوذه و ظهورها فيما كان كـذلك، فلا يكون ذلك قضاء شرعيّا نافذا، و لا تترتّب عليه آثاره من عدم جواز النقض لو وقع التخاصم بعد ذلك.

نعم، يكون الحاكم شاهد أصل إن سمع الاعتراف، أو فرع واحد إن أقيمت عنده البيّنة.

و لـذا صـرّح الفاضل فى التحرير فى بحث القضاء على الغائب بأنّه لا بدّ أن يدّعى جحود الغائب، فلو أقرّ أنّه معترف لم تسـمع بيّنته إلّا لأخذ المال، و لو لم يتعرّض لجحوده احتمل السماع و عدمه «۱». انتهى.

و قوله: لأخذ المال، يعنى: أنّه إذا ادّعى عدم أدائه المال أو تأخيره و تضـرّره بالتأخير و أراد أخذه جاز سماع دعواه و بيّنته لذلك، فإنّ ذلك خصومة و نزاع.

و احتمل السماع مع عدم التعرّض للجحود لظهور طلب الحكم و إرادة إقامة البيّنة فى ذلك.

و على هذا، فلا يجوز القضاء فيما ليس فيه طرف دعوى موجود، كما إذا وقف أحد ضـيعة بطريق مختلف فيه عند الفقهاء، و أراد سـدّ دعوى سائر البطون بإصدار الحكم باللزوم و الصحّة عن فقيه دفعا لادّعاء بعض البطون اللّاحقة، لم يؤثّر الحكم فى ذلك.

و كذا إذا أوصى إلى غير عادل، و أراد سدّ دعوى الورثة بطلب الحكم

---

(۱) التحرير ۲: ۱۸۷.

بالصـحّة و اللزوم عن مجتهـد يرى ذلك، أو طلب الحكم فى دين مؤجّل يعترف به الـدائن احتياطا لإنكاره بعد حلول الأجل، إلى غير ذلك.

و لو كان الغريم معترفا و لكن ماطل فى الأداء، فيجوز الترافع، و لكن الدعوى فى المماطلة دون الإنكار.

و أمّا مـا ذكروه- من أنّ جواب المـدّعى عليه إمّا إقرار أو إنكار- فالمراد أنّه إذا ادّعى المـدّعى إنكاره أو أطلق الـدعوى الظاهرة فى الإنكار تسمع الدعوى و يطلب الغريم، فإن أقرّ بعد الطلب فحكمه كذا.

المسألة التاسعة: يشترط فى سماع الدعوى أن تكون صريحة فى استحقاق المدّعى لما يدّعيه

، فلو ادّعى: أنّ هـذه ابنـة أمته، لم تسـمع، لعـدم فائدتها، لجواز ولادتها فى غير ملكه. و كذا لو قال: هذه ابنة أمتى و ولدتها فى ملكى، لاحتمال كون الابنة حرّة، أو ملكا لغيره، فيما لم يصرّح باستحقاق الأخذ، لم تسمع.

و كذا لو ادّعى أنّه اشترى ضيعتى، أو غصب دارى، أو أقرض منّى عشرة، لم تسمع ما لم يقيّدها بما يصرّح باستحقاقه الآن، لجواز أن يكون اشترى و أدّى الثمن، أو غصب ورد، أو ابتاع بعده، أو أقرض و أدّاه.

فمجرّد تلك الدعاوى لا توجب دعوى حقّ.

و لو ضمّ معه ما يصرّح بالحقّ تسمع، فإنّه بدون الضمّ لا يدّعى استحقاق شىء و لا يطلبه، لأنّه المفروض.

أمّا لو ضمّ مع ذلك مطالبة المدّعى به فهى دعوى الاستحقاق، فتسمع.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۱۶۳

و من ذلك يظهر أنّ ما ذيّله به جماعة «۱» هذه المسألة- من حكم تصديق الخصم له فى هذه الدعوى مطلقا، أو مع ضمّ ما ينافى ملكيّة المدّعى من كونه إقرارا أو لا- و الفرق بين تصديق ما ذكر و تصديق أنّ هذا الغزل من قطنه أو الدقيق من حنطته- ليس فى موقعه أصلا، لأنّ فرض هذه المسألة: أنّ المدّعى لا يدّعى استحقاقا و لا يطالب شيئا، و لذا لا تسمع بيّنته على ما ادّعاه، فلا تترتّب فائدة على كونه إقرارا له أم لا من جهة هذه المسألة. و ليس من متمّماتها أو فروعها.

نعم، هذا من مسائل كتاب الإقرار، و تظهر فائدته فيما إذا ادّعى المدّعى الاستحقاق، فتأمّل.

هذا، ثمّ إنّه قد يناقش فى إطلاق حكمهم بعدم سماع الدعوى فيما لم تكن صريحة فى الاستحقاق أيضا، بأن يقال: إن كان مرادهم أنّه لا تسمع إذا قال: اشترى منّى ذلك- مثلا- و لا أدّعى شيئا آخر، أو لا دعوى لى غيرها، فهو كذلك.

أمّا لو قال: هذه دعواى الآن، لوجود بيّنتى عليها الآن، و أدّعى تمامها بعد ذلك، فلم لا تسمع؟! فلعلّه تكون له بيّنة اخرى غير حاضرة على إقرار خصمه: بأنّى ما أدّيت ثمن ذلك ممّن اشتريت، أو ثبت بعد ذلك فساد الشراء، أو نحو ذلك من الفوائد.

و من ذلك يعلم أنّه لو أطلق الدعوى المذكورة أيضا يجب سماعها، لاحتمال ترتّب الفوائد عليها.

و أولى منه بالسماع ما إذا ادّعى أنّ هذا زوجى، أو هذه زوجتى، من

---

(۱) منهم العلّامة فى التحرير ۲: ۱۸۹، و الفخر فى الإيضاح ۴: ۳۲۷، و الفاضل الهندى فى كشف اللثام ۲: ۳۳۵، و الفيض فى المفاتيح ۳: ۲۵۹.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۱۶۴

غير ضمّ دعوى فى حقّ آخر، لاستقلال الزوجيّة بترتّب أحكام عليها إذا ثبتت.

أقول:

السماع فى دعوى الزوجيّة صحيح، لما ذكر، إلّا أنّ المناقشة المذكورة فى عدم سماع الدعوى الغير الصريحة ليست بجيّدة، إذ على ذلك يكون لهذه الدعوى فردان أو أفراد، بعضها مسموعة و بعضها غير مسموعة فإذا أطلق فلا يعلم أنّه ادّعى المسموعة حتى يجب السماع و طلب الجواب، أو لا حتى لا يجب، و الأصل عدم الوجوب.

و كذا لو قيّد الدعوى ب: الآن، و بقوله: أدّعى تمامها بعد ذلك، لأنّ التمام غير معلوم، فلعلّه أيضا لم يوجب السماع.

بل لو عيّنه و قال: أدّعى مطالبة الثمن- مثلا- بعد ذلك، لم يجب، إذ لعلّه لم يدّع، أو لم يتمكّن من الادّعاء.

المسألة العاشرة [لو ادّعى أمرا آخرا متعلّقا بتلك الدعوى موجبا لنقض الحكم فهل تسمع تلك الدعوى، أم لا؟]

لا شكّ فى عدم سماع دعوى بعينها ثانيا بعد رفعها إلى الحاكم و حكم فيها بحكم.

و أمّا لو ادّعى أمرا آخرا متعلّقا بتلك الدعوى موجبا لنقض الحكم- كفسق شهود المشهود له، أو إقرار الخصم بالحقّ، أو ردّ ما يدّعيه

المدّعی و نسیانه حال الترافع- فهل تسمع تلک الدعوی، أم لا؟

فیه خلاف، بل وقع الخلاف فی الأولین قبل الحکم أیضا، فتردّد الفاضل فی التحریر فی سماعها «۱»، و استشکل فی الإرشاد فیهما «۲»، و کذا فی القواعد فی فسق الشهود «۳».

---

(۱) التحریر ۲: ۱۸۹.

(۲) الإرشاد ۲: ۱۴۳.

(۳) القواعد ۲: ۲۰۸.

مستند الشیعة فی أحکام الشریعة، ج۱۷، ص: ۱۶۵

و جعل الشهید فی الدروس الأقرب عدم السماع فیها «۱»، و لکن جعل فی قواعده الأقرب السماع فیها «۲».

و فی الکفایة: عدم السماع فی الأول، و التردّد فی الثانی «۳».

و قال والدی- طاب ثراه- فی المعتمد فی الثلاثة: إنّ فیها وجهین، و قوّی رحمه اللّه العدم.

و یظهر من القواعد- بل الدروس و غایة المراد- أنّ النزاع إنّما هو إذا أراد الإحلاف دون ما إذا کانت له بیّنة، فإنّها تسمع حینئذ. و صرّح بعض فضلائنا المعاصرین بذلک «۴»، کما مرّ فی مسألة الدعوی علی الحاکم أیضا.

و کیف کان، فالحقّ السماع فی غیر ما إذا کان بعد الحکم للیمین، لعمومات سماع الدعوی و الحکم بالبیّنة و الیمین و النکول.

و قد یستدلّ فی صورة کون الدعوی بعد الحکم بابتناء الحکم أولا علی فاسد لم یعلم فساده.

و فیه: أنّ قبل السماع لا یعلم الفساد بعد.

و استدلّ الوالد قدّس سرّه بثبوت الحکم علی الوجه المعتبر، و الأصل صحّته حتی یقطع ببطلانه، و مجرّد دعوی الخصم فساده لا توجب القطع به، فلا یلزم السماع و ترک ما ثبت فی الشرع اعتباره لأجله.

و فیه أولا: أنّه لو تمّ ذلک لجری فی کلّ دعوی مخالفة للأصل.

و ثانیا: إنّا لا نقول بفساد الحکم قبل القطع شرعا بالبطلان، و لا إفساده

---

(۱) الدروس ۲: ۸۵.

(۲) القواعد و الفوائد ۱: ۴۱۲.

(۳) الکفایة: ۲۷۴.

(۴) جامع الشتات: ۶۷۷.

مستند الشیعة فی أحکام الشریعة، ج۱۷، ص: ۱۶۶

بمجرّد دعوی الخصم، و لا ترک ما ثبت اعتباره بمجرّد السماع، بل تستصحب الصحّة و تسمع الدعوی، فإن وجد ما یوجب الفساد یحکم به، و إلّا فلا.

و ثالثا: إنّ العمومات المذکورة مخرجة عن الأصل.

و أمّا إذا کان الحکم بالیمین فلا تسمع الدعوی بعده، للنصوص، إلّا إذا ادّعی إقرار الحالف بعد الحکم، کما یأتی.

المسألة الحادیة عشرة: تسمع دعوی المؤجّل قبل حلول الأجل

، إجماعا كما صرّح به والدى رحمه اللّه فى المعتمد، لعموم أدلّة الدعوى و الحكم، و لأنّها دعوى حقّ لازم.
و لا يصلح التأجيل، للمانعيّة، مع أنّ المنع قد يؤدّى إلى الإضاعة، لإمكان الإثبات قبل الحلول، و تعذّره بعده، لفقد الشهود، أو الحاكم، أو مثل ذلك.

المسألة الثانية عشرة: لو ادّعى المحكوم عليه فسق الشهود و لا بيّنة له، و ادّعى علم المشهود له

، فاستوجه جماعة عدم تسلّطه على حلفه «۱».
و تحقيق الكلام- على نحو مفيد فى كلّ ما كان من قبيل هذا المقام-:
إنّ من شرط سماع الدعوى على شخص أن تكون- بحيث لو ثبت بالبيّنة أو الإقرار أو النكول ثبت على المدّعى عليه نفسه- حقّا لازما، فلا تسمع الدعوى الغير المفيدة أصلا، كأن يدّعى على شخص أنّك ضحكت علىّ.
و من هذا الباب ما لو ادّعى على الشاهد: إنّك تعلم فسق نفسك، أو اعترفت بذلك، لأنّه لا يفيد لو ثبت، لأنّ المعتبر عدالته عند المتخاصمين،

---

(۱) الدروس ۲: ۸۵، المسالك ۲: ۳۸۸، الكفاية: ۲۷۴.

أو الحاكم، لا عند نفسه.
و كذا لا تسمع الدعوى التى لا توجب حقّا على المدّعى عليه، كأن يقول للحاكم فى موضع لا ضمان عليه: إنّك غير قابل، أو خاطئ، أو جائر «۱»، للأصل، و عدم شمول أدلّة سماع الدعوى لمثل ذلك أيضا.
مضافا فى الأخير إلى أنّه يشترط كون الدعوى بحيث لو أقرّ المدّعى عليه أو حلف بعد الردّ أو النكول ثبت الحقّ، و لا يثبت بشىء من ذلك حقّ على الحاكم أو الشاهد، و لا على المشهود له، إذ لا يثبت بإقرار الغير و لا نكوله أو ردّه الحلف حقّ على الغير.
و مثلها الدعوى على الشاهد: إنّك كاذب، أو خاطى، فيما لا ضمان عليه.
و أمّا لو كانت هذه الدعاوى فى موضع أوجب ثبوتها ضمانا على الحاكم أو الشاهد، فتسمع كما مرّ سابقا.
و لو كانت إحدى هذه الدعاوى من المحكوم له فتسمع، و لذا تقبل منه البيّنة.
و لكن يشترط فى دعوى فسق الشاهد عليه بيانه لموجب الفسق، إذ ربّما يزعم غير ما يوجب الفسق فسقا.
و يشترط أيضا دعوى كونه فاسقا واقعا، أو عند الحاكم، لا عند المدّعى فقط، لأنّ المشروط هو عدالة الشاهد عند الحاكم لا عند المشهود له خاصّة.
بخلاف فسق الحاكم، فإنّ فسقه عند المحكوم له مانع من نفوذ حكمه له و عليه، فلو ادّعى عليه بما يوجب فسق الحاكم عنده لا عند الحاكم

---

(۱) فى «ح»: خائن.

- كالغيبة، إذا ظنّ الحاكم كونها صغيرة، و المحكوم له كونها كبيرة- تسمع.
و لو كان ما يوجب الفسق عند أحد المتخاصمين دون الآخر كان لكلّ منهما حكمه.

و لو ادّعى على المشهود له كذب الشهود، و أراد بالكذب ما هو المشهور فی معناه من عدم المطابقة للواقع، فإن كانت له بيّنة على ذلك فهو يرجع إلى تعارض البيّنتين، و إن لم تكن له بيّنة لا تسمع الدعوى، و قد قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله: «أنا أقضی بالبيّنات، فمن قطعت له مال أخيه فقد قطعت له قطعة من النار» «۱».

و بالجملة: دعوى عدم المطابقة للواقع عين أصل الإنكار الساقط بالبيّنة بمقتضى الأخبار، فلا تسمع ثانيا.

بخلاف فسق الحاكم، فإنّ انتفاءه شرط فی نفوذ حكمه دون عدم المطابقة للواقع، بل صرّحت الأخبار بعدم اشتراطه كما مرّ.

و إن أراد بالكذب عدم المطابقة لاعتقاد الشاهد فقط، فلا تسمع أيضا، لعدم ترتّب فائدة عليه. و كذا إن أراد عدم المطابقة للواقع و الاعتقاد معا.

و إن ادّعى مواضعة الشاهد و المشهود له على شهادة الزور، فالظاهر سماع الدعوى، و جواز الإحلاف، و الحكم بالردّ و النكول.

و كذا لو ادّعى إقرار خصمه بالمدّعى به، فتردّد فی الشرائع فی إلزام

---

(۱) الكافی ۷: ۴۱۴- ۱، التهذيب ۶: ۲۲۹- ۵۵۲، الوسائل ۲۷: ۲۳۲ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۲ ح ۱، و الرواية فيها هكذا: «إنّما أقضی بينكم بالبيّنات و الأيمان، و بعضكم ألحن بحجّته من بعض، فأيّما رجل قطعت له من مال أخيه شيئا فإنّما قطعت له به قطعة من النار».

الخصم بالجواب و عدمه «۱»، و استظهر فی المسالك الإلزام و سماع الدعوى «۲»، و هو الحقّ، إذ إقراره أمر يثبت به حقّه ظاهرا، و لا يجب أن يكون ممّا يوجب الثبوت واقعا، و إلّا لم يفد فيما إذا ادّعى عليه الحقّ أيضا. و على هذا، فيثبت حقّه بإقامة البيّنة على الإقرار، و بالنكول و اليمين المردودة.

المسألة الثالثة عشرة: إذا تمّت الدعوى يطلب الحاكم من المدّعى عليه الجواب

، إمّا بعد سؤال المدّعی- كما عن الشيخ و فی الشرائع و القواعد «۳»- لأنّه حقّ له، فيتوقّف على مطالبته.

أو من غير مسألته، كما قوّاه الشيخ أيضا فی المبسوط «۴»، و حكاه فی المختلف عن الشيخين و الديلمی و الحلّی «۵».

و حكی عن التحرير أيضا، لدلالة شاهد الحال على مطالبة المدّعی «۶». و يظهر من تعليله أنّه أيضا يشترط طلب المدّعی.

و لكن الخلاف فی اشتراط الإذن الصريح، أو يكفی المطلق، و الأظهر كفاية المطلق، لأنّه إن أريد بالإذن الصريح ما يدلّ عليه اللفظ مطابقة فلا دليل عليه، و إن كان مطلقا- و لو بالالتزام العرفی- فما طلب أولا يستلزم ذلك عرفا.

---

(۱) الشرائع ۴: ۱۰۷.

(۲) المسالك ۲: ۳۸۸.

(۳) الشيخ فی المبسوط ۸: ۱۵۷، الشرائع ۴: ۸۲، القواعد ۲: ۲۰۸.

(۴) المبسوط ۸: ۱۵۷.

(۵) المختلف: ۷۰۰.

(۶) التحرير ۲: ۱۸۶.

الفصل الثالث فيما يتعلّق بالمدّعى عليه، و جوابه، و ما يترتّب عليه

اشاره

و هو لا- يخلو عن أقسام، لأنّه «۱» إمّا يقرّ، أو ينكر، أو يسكت، أو يدّعى الردّ أو الإبراء أو نحوهما، أو يقول: لا أدرى، أو: هذا ليس لى، و نحوه، أو يكون المدّعى عليه غائبا. فهاهنا ستّة أبحاث.

البحث الأول فى الإقرار

اشارة

و فيه مسائل:

المسألة الأولى: متى تحقّق الإقرار بجميع المدّعى به، و كان المقرّ جامعا للشرائط المقرّرة فى بابه

اشارة

- من البلوغ و العقل و عدم الحجر فى الماليّات- لزم عليه ما أقرّ، سواء حكم الحاكم به أم لا، لأنّ إقرار العقلاء على أنفسهم جائز.

بخلاف ما إذا أقام المدّعى بيّنة، فإنّه لا يثبت بمجرّد إقامتها، لأنّها منوطة باجتهاد الحاكم فى قبولها و ردّها.

و تظهر ثمرة الفرق بين المقامين بذلك فى جواز مقاصّة المدّعى حقّه إذا ادّعاه ظنّا أو احتمالا، فيجوز بالإقرار و إن لم يحكم الحاكم بعد، دون البيّنة، فإنّه يتوقّف على الحكم.

---

(۱) فى «ح»: لأنّ جوابه إمّا ..

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۱۷۱

و فى جواز أخذ المقرّ به عنه لكلّ أحد من باب النهى عن المنكر.

و فى جواز الحكم لقاض آخر بعد علمه بالإقرار، بخلاف البيّنة المعدّلة عند القاضى الأول، فإنّه لا يجوز الحكم للثانى بدون التعديل عند نفسه.

و الحاصل: أنّ الإقرار علّة تامّة لثبوت الحقّ عليه، بخلاف البيّنة، فإنّها مع الحكم علّة. أو يقال: إنّ الإقرار حجّة مطلقة لكلّ أحد، و البيّنة لم تثبت حجّيتها إلّا للحاكم.

فإن قيل:

كما أنّ ثبوت الحقّ بالبيّنة يتوقّف على ثبوت حجّية البيّنة أولا بأدلّتها، ثمّ النظر فى حالها من العدالة و الجرح و نحوهما، ثمّ النظر فى دلالة اللفظ المؤدّى به الشهادة. فكذلك الثبوت بالإقرار، فإنّه يتوقّف على جواز إقرار العقلاء بأنفسهم، و ثبوت الرواية، و فهم المراد من الجواز، ثمّ النظر فى حال المقرّ من كونه بالغا عاقلا- رشيدا غير مكره، ثمّ النظر فى حال لفظ الإقرار، فإنّ فى الألفاظ حقائق و مجازات، و لها قرائن، و لذا عنون الفقهاء مسائل كثيرة فى تحقيق معانى الإقرارات.

و لا يمكن أن يقال: إنّ أدلّة حجية البيّنة تختصّ بحجّيتها للحاكم دون دليل ثبوت الإقرار، لأنّه لا فرق بينهما من هذه الجهة، و إنّما

يختصّ الحكم بالحاكم، لأدلّة اختصاص الحكم به و عدم جوازه لغيره.

قلنا:

فرق بينهما، أولا: فى المقدّمة الأولى، فإنّ حجّيّة الإقرار لا تثبت بالحديث المذكور خاصّة، بل هى صارت ضروريّة لكلّ أحد- خاصّى و عامّى- فلا يحتاج إلى اجتهاد فى حجّيّة الأخبار سندا و متنا و الفحص عن المخصّص و المعارض و نحوهما. بخلاف أدلّة البيّنة.

فإن قلت:

حجّيّة البيّنة العادلة أيضا صارت اليوم ضروريّة.

قلت:

نعم، و لكن للحاكم، يعنى: ثبت على كلّ أحد أنّها حجّة

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۱۷۲

للحاكم لا لكلّ أحد، بخلاف الإقرار.

و ثانيا: فى المقدّمة الثانية، فإنّ ما يحتاج معرفته من حال البيّنة أمور شرعيّة توقيفيّة خلافيّة صعبة المأخذ، يحتاج إلى الاجتهاد فى مأخذه من العدالة و التهمة و الإصرار على الشهادة، و من معرفة من لا تجوز شهادته و من تجوز و نحو ذلك .. بخلاف حال المقرّ غالبا، فإنّ معرفة أحواله بالنسبة إلى المجتهد و غيره متساوية.

نعم، لو كان المقرّ فى حالة اختلافيّة شرعا، بحيث تحتاج معرفته إلى الاجتهاد و الفقاهة من علامات البلوغ أو الرشد أو نحوهما، فنقول: يتوقّف الثبوت بالإقرار على الحكم أيضا.

و ثالثا: فى المقدّمة الثالثة، فإنّ فهم الإقرار إنّما هو كفهم سائر معانى الألفاظ العرفيّة التى يتساوى فيها العامّى و الخاصّى، و حجّة على كلّ أحد.

بخلاف ما تؤدى به الشهادات، فإنّ فيها اختلافات، كقبول الشهادة العلميّة و الاستصحابيّة و نحوهما.

نعم، لو فرض ثبوت الحقّ بالتواتر بألفاظ محكمة على نحو يظهر على كلّ أحد، فنقول: إنّه كالإقرار، و لكنّه فرد نادر، و مع ذلك ليس إثباتا بالبيّنة التى تقابل الإقرار.

فرع: إثبات الإقرار بالبيّنة كالإقرار فى لزوم الحكم به

، إلّا أنّ فى الإقرار لا تسمع دعوى عدم الاستحقاق حينئذ، لأنّه إنكار بعد الإقرار، إلّا إذا أقرّ بالاشتغال سابقا. و تسمع فى إثباته.

و المراد بسماعه فى إثباته: أنّه يسمع لو ادّعى سبب عدم الاستحقاق، كردّ أو إبراء، و حينئذ ينقلب مدّعيا، و له إحلاف المدّعى على نفيه. و لعلّ ذلك مراد الفاضل فى القواعد من حكمه بجواز إحلاف المنكر المدّعى

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۱۷۳

- المثبت لإقراره بالبيّنة- على نفى الاستحقاق «۱».

المسألة الثانية: و إذا أقرّ المدّعى عليه، فإن التمس المدّعى الحكم به له عليه فالظاهر عدم الخلاف بينهم فى وجوبه حينئذ

، و إن اختلفوا فيه قبل سؤال المدّعى.

و فيه:

أنّ بعد ما تقرّر عندهم فى المسألة الاولى- من عدم كون الحكم هنا جزءا لسبب ثبوت الحقّ، و جواز أخذ المدّعى بنفسه بدون الحكم قهرا أو تقاصّا، و جواز أخذ سائر المقتدرين- فلا وجه للحكم بوجوب الحكم بسؤال المدّعى مطلقا، لعدم دليل عليه.

نعم، يصحّ ذلك لو توقّف الوصول إلى الحقّ عليه، فالصحيح التقييد به.

لا يقال:

عمومات وجوب الحكم بما أنزل اللّه «٢» تثبته هنا أيضا.

قلنا:

لا شكّ أنّها مقيّدة بصورة التوقّف، لأنّ الحكم من الواجبات المشروطة بالحاجة، فإنّه لو فرض أنّ بعد الترافع و قبل الحكم وقع الصلح بين المتداعيين أو أعطاه حقّه أو نحو ذلك، لا يجب الحكم على الحاكم.

ثمّ على القول بوجوبه مطلقا أو فى صورة التوقّف فهل يجب بعد سؤال المدّعى، أو قبله؟

فيه قولان، و الأولى و الأحوط: التوقّف بالسؤال و لو بشاهد الحال، بل مقتضى الأصل عدم الوجوب بدونه، بل يمكن القول بعدم الجواز أيضا و عدم ترتّب الأثر عليه، لأنّ الحكم إلزام مخالف للأصل.

المسألة الثالثة: و إذا وجب عليه الحكم فيحكم عليه بما يفيد إنشاء إلزامه من الألفاظ

، و لا يكفى مثل قوله: ثبت عندى فى ترتّب الأثر، لأنّه

---

(١) القواعد ٢: ٢١٢.

(٢) المائدة: ٤٧- ٤٩.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ١٧٤

ليس حكما، بل إخبار.

و لو طلب المدّعى كتابة الحجّة على المدّعى عليه ليكون فى يده، ففى وجوب إجابته و عدمه قولان، أشهرهما- كما صرّح به فى المفاتيح «١».

و شرحه و غيرهما «٢»- الوجوب.

و حكى فى المبسوط قولا بعدمه «٣» و اختاره بعض متأخّرى المتأخّرين، للأصل. و هو الحقّ، لأنّه إن كان لإنشاء الحكم فقد حكم لفظا و لا يجب غيره، و إن كان لاستمراره و الدوام عليه بعد ذلك فأىّ دليل على وجوب ذلك؟! فإنّه قد لا يحتاج إليه بعد ذلك، و لو احتاج فقد لا ينساه الحاكم أو الشهود على الحكم، و إن نسيه فقد لا يتذكّر بملاحظة الكتابة.

و لذا اقتصر جمع من المتأخّرين فى إيجاب الكتابة بما إذا توقّف إيصال الحقّ المحكوم به عليها.

و هو أيضا غير سديد، لأنّه لا يختصّ بالكتابة و لا بالحاكم، بل يجب على كلّ أحد الإيصال بما أمكنه من باب الأمر بالمعروف، فلا وجه حينئذ للتخصيص بالكتابة، فإنّه قد يحصل الأثر بنصب أحد على الأخذ منه، أو إعلام مقتدر برسالة، أو برفع صوت و غلظة عليه، أو بتخويف، أو غير ذلك من الوجوه.

و قد يتوقّف على أحد هذه الأمور، فذكر الكتابة و إيجابها بخصوصها لا وجه له.

هذا، مع أنّ ترتب الأثر على الكتابة غالبا يكون بإراءتها لمقتدر على إجراء الحكم فيجريه، فهو إن أجراه بمجرّد الكتابة من غير ضمّ بيّنة معها- كما هو المتعارف فى هذه الأزمنة- فهو غير جائز، و الكتابة- لأجل ذلك-

---

(١) المفاتيح ٣: ٢٥٥.

(٢) المسالك ٢: ٣٦٤.

(٣) المبسوط ٨: ١١٨.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ١٧٥

تكون نوع إعانة على الإثم. و إن ضمّ معها البيّنة فهى بنفسها كافية، إلّا أن يفرض كون الكتاب قرينة موجبة لحصول العلم بضمّ خبر عدل أو فسّاق، أو [وقّف] «١» المقتدر الإيصال بالكتاب.

ثمَّ إنّه إذا لم تجب الكتابة و طلبها المدّعى و أجابه الحاكم استحبابا فله أخذ الأجرة عليها و ثمن القرطاس و المداد، و متى وجبت لم يجز له أخذ الأجرة، لعدم جوازه فى الواجبات العينيّة و لا الكفائيّة، كما مضى فى كتاب التجارة، بل لا يجوز له طلب ثمن القرطاس و نحوه أيضا.

و من القائلين بوجوب الكتابة إذا توقّف أثر الحكم عليها من لم يجوّز الأجرة على الكتابة، و جوّز أخذ نحو القرطاس.

و هو غير جيّد، لأن إعداد ما تتوقّف عليه الكتابة الواجبة أيضا يكون كأصل الكتابة ممّا يتوقّف عليه الواجب، فيكون إعداده واجبا عليه لو لم يؤدّه المدّعى، فإن أراد جواز الأخذ منه لو أعطاه فهو كذلك، لأنّه أيضا نوع إعداد، و إن أراد أنه يجوز إيقاف الكتابة على أخذه منه فلا.

ثمَّ إذا كتب الكتاب ينبغى- بل يلزم عليه- أن يكتبه على نحو يخصّص المدّعى و الغريم و يميّزهما عن غيرهما، بحيث لا يقبل الاشتباه، و يأمن عن التزوير، سواء حصل ذلك المقصود بكتابة النسب أو الحلية «٢» أو هما معا.

و الخلاف فى هذا المقام فى أنّه هل يكفى الأول أو الثانى و نحو ذلك لا وجه له، إذ ليس ذلك منوطا بدليل شرعى، و إنّما المقصود رفع الاشتباه و الأمن من التزوير، و قد يحصل التزوير بالاكتفاء بالنسب، كما قد يحصل بالاكتفاء بالحلية، و لا بدّ فى النسب أيضا إلى ذكره بقدر لا يقبل اللبس عادة، فقد يتعدّد زيد بن عمرو بن بكر الأصفهانى مثلا.

---

(١) فى «ح» و «ق»: توقّف، و الأنسب ما أثبتناه.

(٢) الحلية: بمعنى الصفة- مجمع البحرين ١: ١٠٥.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ١٧٦

و قد يتواطئان على تشهير أحدهما بتلك النسبة فى بلد آخر، بحيث يحصل العلم لكثير من أهل ذلك البلد، و تنتهى مسبّبيّته إلى كتابته باسمه و نسبه، أو قول المكاريين، أو نحوهما.

و لا بدّ من تمييز المدّعى أيضا كما ذكرنا، إذ قد يقع التزوير من جهته فيتواطآن على ادّعائه و حكم الحاكم له و أخذه المدّعى به بحضوره لدفع خصومة شخص آخر.

المسألة الرابعة: و إذ حكم الحاكم عليه، فإن أدّى المحكوم عليه الحقّ بنفسه فهو

اشاره

، و إلّا فإن كان ذا مال فيكلّف بالأداء، فإن امتنع و مطل بلا عذر مقبول كان للمدّعى أخذه منه قهرا و لو بالملازمة له.

و إن لم يقدر فيجب على كلّ من يقدر كفاية، فإن احتاج الإيصال إلى عقوبة له- من حبس أو إغلاظ فى القول و نحوهما- فيجب على الحاكم.

و الظاهر عدم جوازه للغير و لو نفس المدّعى.

أمّا جوازه للحاكم فلتوقّف إيصال الحقّ عليه و هو واجب.

و للخبر المشهور المنجبر: «ليّ الواجد يحلّ عقوبته و عرضه» «١».

و المستفيضة الواردة فى حبس المماطل، كموثّقة عمّار: «كان أمير المؤمنين عليه السّلام يحبس الرجل إذا التوى على غرمائه، ثمَّ يأمر فيقسّم ماله بينهم بالحصص، فإن أبى باعه فيقسّم بينهم» يعنى: ماله «٢». و نحوها ذيل رواية الأصبغ «٣».

---

(١) مجالس الطوسى: ٥٣٢، الوسائل ١٨: ٣٣٣ أبواب الدين و القرض ب ٨ ح ۴، و فيه: «لىّ الواجد بالدين يحلّ عرضه و عقوبته».

(٢) الكافى ۵: ١٠٢- ١، التهذيب ۶: ١٩١- ۴١٢، الاستبصار ٣: ٧- ١۵، الوسائل ١٨: ۴١۶ أبواب أحكام الحجر ب ۶ ح ١، بتفاوت.

(٣) الفقيه ٣: ١٩- ۴٣، التهذيب ۶: ٢٣٢- ۵۶٨، الوسائل ٢٧: ٢۴٧ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١١ ح ١.

أقول:

الالتواء من اللىّ، و هو سوء الأداء و المطل.

و روايتى غياث، الاولى: «إنّ عليّا عليه السّلام كان يفلّس الرجل إذا التوى على غرمائه، ثمَّ يأمر به فيقسّم ماله بينهم بالحصص، فإن أبى باعه فقسّمه بينهم» يعنى: ماله «١».

و الثانية: «إنّ عليّا عليه السّلام كان يحبس فى الدين، فإذا تبيّن له إفلاس و حاجة خلّى سبيله حتى يستفيد مالا «٢»». و قريبة منها صدر رواية الأصبغ «٣».

و رواية السكونى: «إنّ عليّا عليه السّلام كان يحبس فى الدين، ثمَّ ينظر، فإن كان له مال أعطى الغرماء، و إن لم يكن له مال دفعه إلى الغرماء، فيقول لهم: اصنعوا به ما شئتم، إن شئتم فآجروه، و إن شئتم فاستعملوه» «۴».

و بهذه الأخبار- المعتضدة بلزوم الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، مثل: رواية جابر الطويلة فى الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر: «فأنكروا بقلوبكم، و الفظوا بألسنتكم، و صكّوا بها جباههم» «۵»، و مرسلة التهذيب:

«قد حقّ لى أن آخذ البرىء منكم بالسقيم، و كيف لا يحقّ لى ذلك؟! و أنتم

---

(١) التهذيب ۶: ٢٩٩- ٨٣٣، الوسائل ١٨: ۴١۶ أبواب أحكام الحجر ب ۶ ح ١.

(٢) التهذيب ۶: ١٩۶- ۴٣٣ و ٢٩٩- ٨٣۴، الاستبصار ٣: ۴٧- ١۵۶، الوسائل ١٨:

۴١٨ أبواب أحكام الحجر ب ٧ ح ١.

(٣) الفقيه ٣: ١٩- ۴٣، التهذيب ۶: ٢٣٢- ۵۶٨، الوسائل ٢٧: ٢۴٧ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١١ ح ١.

(۴) التهذيب ۶: ٣٠٠- ٨٣٨، الاستبصار ٣: ۴٧- ١۵۵، الوسائل ١٨: ۴١٨ أبواب أحكام الحجر ب ٧ ح ٣.

(۵) الكافى ۵: ۵۵- ١، التهذيب ۶: ١٨٠- ٣٧٢، الوسائل ١۶: ١٣١، أبواب الأمر و النهى و ما يناسبهما ب ٣ ح ١.

يبلغكم عن الرجل منكم القبيح و لا تنكرون عليه و لا تهجرونه و لا تؤذونه حتى يتركه» «١»، و غير ذلك «٢»- تخصّص أدلّة نفى الضرر و نحوها.

و أمّا صحيحة زرارة: «كان علىّ عليه السّلام لا يحبس فى السجن إلّا ثلاثة:

الغاصب، و من أكل مال اليتيم ظلما، و من ائتمن على أمانة فذهب بها، و إن وجد له شيئا باعه، غائبا كان أو شاهدا» «٣»- حيث دلّت من جهة إطلاق الجزء المنفىّ من الحصر على عدم حبس غير الثلاثة- فهى أعمّ مطلقا ممّا مرّ، فيجب تخصيصها به.

و أمّا وجوبه على الحاكم فلكونه أمرا جائزا يتوقّف عليه واجب، هو إيصال الحقّ، و ما يتوقّف عليه الواجب واجب، بل تدلّ عليه الروايتان الأخيرتان و ما بمعناهما فى الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر.

و أمّا اختصاص وجوبه بالحاكم فلاـ اختصاص غير الخبر الأول من أخبار الحبس بفعل الإمام عليه السّلام. و الأول مجمل، حيث إنّه حكم بحلّ العقوبة، و لم يبيّن أنّه على من يحلّ، فيقتصر فيه على المتيقّن.

و أمّا أخبار الأمر بالمعروف و إن كانت عامّة إلّا أنّها مخصّصة بمثل رواية مسعدة بن صدقة: سئل عن الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر أ واجب هو على الأمّة جميعا؟ فقال: «لا» فقيل: و لم؟ قال: «إنّما هو على القوىّ المطاع العالم بالمعروف من المنكر، لا على الضعفة الذين لا يهتدون سبيلا» إلى أن قال: «و الدليل على ذلك كتاب اللّه عزّ و جلّ: قول اللّه

(۱) التهذيب ۶: ۱۸۱- ۳۷۵، الوسائل ۱۶: ۱۴۵ أبواب الأمر و النهى و ما يناسبهما ب ۷ ح ۴.

(۲) الوسائل ۱۶: ۱۴۴ أبواب الأمر و النهى و ما يناسبهما ب ۷.

(۳) التهذيب ۶: ۲۹۹- ۸۳۶ الاستبصار ۳: ۴۷- ۱۵۴، الوسائل ۲۷: ۲۴۸ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۱۱ ح ۲.

عزّ و جلّ وَ لْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَ يَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ «۱» فهذا خاصّ غير عام» الحديث «۲».

و من ذلك يعلم أنّه إذا آل الأمر إلى العقوبة و الإيذاء لا يجوز لغير الحاكم، لأنّها أعمال غير جائزة فى الأصل يجب الاقتصار فيها على موضع الرخصة، و لأنّ غيره لا يعلم قدر الجائز منها فيتعدّى عن الحقّ.

فروع:

أ: هل يجوز للحاكم الإذن لغيره، و لغيره المباشرة بإذنه بقدر ما أذن فيه؟

الظاهر: نعم، لأنّه حينئذ يكون عالما، كما ورد فى رواية مسعدة.

ب: هل يجوز لمباشر الإيصال مع العقوبة أو بدونها أخذ الأجرة عليها؟

الظاهر: لا، لما مرّ فى كتاب التجارة، إلّا إذا لم تكن له كفاية لمعاشه لو اشتغل بالإيصال- أى تضرّر ضررا بيّنا- فيسقط عنه الوجوب، لمعارضة أدلّته مع أدلّة نفى الضرر، و الأجرة حينئذ على بيت المال إن كان، و إلّا على المدّعى إن طلب و أراد، و لا يجوز الأخذ من المدّعى عليه بوجه.

ج: إذا ماطل المحكوم عليه، و لم يقتدر الحاكم على الإيصال،

و طلب المدّعى من الحاكم كتابة الحكم أو شهادة الشاهدين عليه أو نحوهما حتى يوصله و يجرى الحكم من يقدر عليه، يجب عليه- كما مرّ- إن لم

(۱) آل عمران: ۱۰۴.

(۲) الكافى ۵: ۵۹- ۱۶، التهذيب ۶: ۱۷۷- ۳۶۰، الوسائل ۱۶: ۱۲۶ أبواب الأمر و النهى و ما يناسبهما ب ۲ ح ۱.

يعلم ترتّب محرّم عليه، كالتعدّى من الجائز فى الإيذاء، من قذف أو ضرب أو أخذ مال أو مطالبة من أقربائه و نحوها.

و إن علم ذلك، فإن كان مقصود الحاكم أيضا أن يفعل المدّعى كذلك فهو معاونة على إثمين: إثم المدّعى- حيث إنّ أخذه ذلك ليؤدّيه إلى المقتدر الجائر المتعدّى عن الجائز معاونة للجائر «۱» على إثمه- و إثم الجائر.

و إن لم يكن مقصوده ذلك، فإن علم أنّ المدّعى يفعل كذلك فلا معاونة منه على إثم الجائر- كما بيّنا فى العوائد «٢»- و لكنّه معاونة على إثم المدّعى، و لكن لا يحرم على الحاكم مع ذلك، لتعارض أدلّة حرمة المعاونة على الإثم مع أدلّة وجوب ردع المماطل و أخذ الحقّ منه، فيرجع إلى أصل الجواز. بل يمكن القول بذلك فى حقّ المدّعى أيضا، لمعارضة أدلّة نفى الضرر فى حقّه مع أدلّة حرمة المعاونة، فتأمّل.

د: العقوبة المجوّزة للحاكم فى حقّ المماطل لا تختصّ بالحبس و الإغلاظ،

بل قد تنتهى إلى الأكثر منه- من ضرب- فيجوز أيضا، لإطلاق العقوبة و قوله: «صكّوا جباههم» و قوله: «لا يؤذونه». و يجب الاقتصار على الأقلّ.

و إنّما أطنبنا فى ذلك المقام للاحتياج إليه فى أمثال تلك الأزمنة.

ه: لو لم تفد العقوبة فى أدائه، و لم يمكن بيع ماله،

يحبس حتى يؤدّى أو يموت أو يبرئه الغريم.

المسألة الخامسة: كما تجوز للحاكم عقوبة المماطل الغير المؤدّى للحقّ، فهل يجوز له إعطاء ماله للمحكوم له من غير إذنه

إذا أمكن و كان من

---

(١) فى «ح» و «ق»: على الجائر، و الصحيح ما أثبتناه.

(٢) عوائد الأيام: ٢٧.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ١٨١

جنس الحقّ، و بيعه و إعطاؤه الثمن إن لم يكن من جنسه، أم لا؟

و إذا جاز فهل هو مقدّم على العقوبة- يعنى: أنّ العقوبة إنّما تكون إذا لم يمكن إعطاء المال، أو بيعه- أو مخيّر بينهما، أو يتأخّر فيعاقب، فإن أبى مع العقوبة أيضا يعطى أو يبيع؟

لم يحضرنى الآن تصريح بذلك من الأصحاب، إلّا ما ذكره بعض الأجلّة فى شرحه على القواعد، حيث قال: و إن عرف كذبه فى دعوى الإعسار حبس حتى يخرج من الحقّ بنفسه، أو يباع عليه ماله و يعطى صاحب الحق «١». انتهى.

فإن كان قوله: «يباع» عطفا على «حبس» يكون تخييرا بين الحبس و البيع، و إن كان عطفا على «يخرج» يكون حكما بتأخير البيع عن العقوبة.

و قال بعض الفضلاء المعاصرين: ثمّ إن كان المقرّ واجدا للمال فيلزم بإعطائه و لو بحبس الحاكم و إغلاظ القول، أو بأن يبيع ماله فى أداء دينه لو لم يمكن الاستيفاء إلّا بذلك «٢». انتهى.

فإن كان قوله: «بذلك» إشارة إلى الحبس و البيع معا يكون قولا- بالتخيير، و إن كان إشارة إلى البيع يكون قولا- بتأخير البيع عن الحبس.

أقول:

كما أنّ العقوبة مخالفة للأصل لا ترتكب إلّا مع الدليل، فكذلك إعطاء ماله أو بيعه، لأنّ تمييز ما فى ذمّة شخص من بين أمواله بيده و بيع غير المالك لا يجوز، و الدليل على حلّيّة العقوبة موجود كما مرّ، و لا دليل على الإعطاء و البيع إلّا كونه ممّا يتوقّف عليه إيصال

الحقّ الواجب، و هو- قبل اليأس بالعقوبة المنصوص جوازها- ممنوع، فلا يجوز

(۱) انظر كشف اللثام ۲: ۳۳۶.

(۲) غنائم الأيام: ۶۷۹.

إلّا بعد عدم تأثير العقوبة.

و تدلّ عليه أيضا الروايات المتقدّمة المصرّحة بتأخير البيع عن الحبس «۱».

نعم، إذا لم يمكن العقوبة لغيبة- بخفاء أو فرار- يجوز البيع و الإعطاء أولا، لكونه ممّا يتوقّف عليه الإيصال.

و هل يباع بغير الغريم، أو يجوز البيع به أيضا؟

الظاهر: الثانى، للأصل.

و لا يتوهّم أنّ الظاهر من الروايات البيع بالغير، حيث قال: «باعه، فيقسّم»، لأنّه يمكن أن تكون الفاء تفصيليّة، أى باعه بأن يقسّمه بين الغرماء، فيبيع كلّا منهم بقدر حصّته. بل هو الظاهر من قوله: يعنى ماله، فإنّ الظاهر أنّ الغاية لبيان أنّ المقسوم بينهم نفس المال دفعا لتوهّم تقسيم الثمن، [لا أنّها] «۲» لبيان أنّ المبيع نفس المال لدفع توهّم بيع المديون، لأنّه ليس محلّا للتوهّم.

هذا، مضافا إلى كون تقدير الثمن فى قوله: «يقسّمه» خلاف الأصل.

المسألة السادسة: لو ادّعى المحكوم عليه بالإقرار أو بغيره الإعسار

اشاره

، فإن علمه الحاكم أو أقرّ به المحكوم له يثبت إعساره.

و إلّا فإمّا لا يعلم له مال أو لا، حتى ما أخذه من المحكوم له، و ذلك يكون بأن تكون الدعوى على نفقة زوجة أو صداقها أو دية جرح أو مال مصالحة دعوى غير ثابتة أو نحوها.

(۱) راجع ص ۱۷۶ و ۱۷۷.

(۲) فى «ح»: لأنّها، و فى «ق»: إلّا أنّها، و الصحيح ما أثبتناه.

أو يعلم له مال و يعلم تلفه أيضا، كأن يعلم أنّ ما أخذه من المحكوم له أنفقه، أو أخذ منه قهرا، أو سرق، و نحو ذلك، و لا يعلم ما سواه.

أو يعلم له مال غير معلوم التلف، و لو كان هو ما اقترضه من الغريم أو اشتراه منه.

فعلى الأولين، فإن ادّعى المحكوم له علمه بكذبه فى الإعسار و كونه ذا مال تطلب منه البيّنة، لأنّه مدّع حينئذ، و البيّنة على المدّعى، فإن جاء بها و أثبت عليه مالا موجودا يؤخذ منه، و إن لم يؤدّه كان حكمه حكم الواجد للمال، و قد مرّ.

و إن أثبت عليه مالا قبل ذلك، و لم يعلم تلفه، يصير من القسم الأخير، و يأتى حكمه.

و إن لم تكن له بيّنة أحلف المحكوم عليه، لأنّه منكر حينئذ، و اليمين على من أنكر.

و إن لم يدّع علمه بكذبه بل ظنّ ذلك أو جوّزه لما مرّ سابقا من سماع الدعوى بالظنّ و الاحتمال، فيكون المحكوم له مدّعيا، و المحكوم عليه منكرا، فاليمين عليه.

و تأمّل فيه المحقّق الأردبيلى، بل قال بعد تأمّله: و عدم إحلافه أظهر، لظاهر آية النظرة، و لعدم الدليل على الإحلاف إلّا فى الصورة الأخيرة.

و فيه: أنّ مدلول الآية إنظار ذى العسرة، و عسرته بعد غير معلومة لا واقعا و لا شرعا، فكيف يستدلّ لحكمه بالآية؟! و الدليل له- على ما اخترناه من سماع الدعوى المظنونة و الموهومة- ظاهر، لصدق المدّعى و المنكر.

نعم، يشكل ذلك على القول بعدم سماعها، لعدم الدليل،

و تصريحهم بالإحلاف هنا أيضا مؤيّد لما اخترناه.

و هل له ردّ الحلف إذا كان غريمه جازما فى دعواه يساره أم لا؟

فيه إشكال ينشأ من عمومات الردّ و عدم المانع، و من أنّ فائدة الردّ الخروج عن عهدة المدّعى به إذا حلف المدّعى، فإنّ قوله: «رددت عليك اليمين» متضمّن ل: أنّه إن حلفت اخرج عن عهدة دعواك، و هو يثبت هنا بعدم القدرة عليه، فكيف يردّ؟! بل فى شمول عمومات الردّ لمثل المقام تأمّل أيضا.

و لعلّ الأول أظهر، إذ تظهر الفائدة فى نكول المدّعى فتسقط دعواه، و فى حلفه، فإنّ إنكاره القدرة لا يثبت انتفاءها واقعا، فيثبت عليه اليسار بعد حلف المدّعى، و يعمل معه ما يعمل مع الواجد من الحبس و الغلاظ إلى أن يؤدّى أو يموت أو يبرئه المدّعى.

و إن لم يردّ الحلف- إمّا لعدم إمكانه، كما إذا كانت دعوى يساره غير مجزومة، أو لم يرد الردّ- فإن حلف على عدم اليسار حكم له بالإعسار، و إن نكل و لم يحلف فقال فى القواعد و حكى عن التذكرة: إنّه يحلف مدّعى اليسار، فيحكم بيساره، و يعمل معه عمل الواجد من الحبس «١».

و قال بعض الفضلاء المعاصرين: إنّه يعمل به عمل الواجد، فيحبس من غير ذكر حلف المدّعى «٢».

و لعلّه مبنىّ على الخلاف فى أنّ مع نكول المنكر هل يثبت حقّ المدّعى، أو يردّ الحاكم اليمين على المدّعى. و يأتى تحقيقه.

و على الأخير- و هو أن يعلم له مال و ادّعى تلفه- فتؤول الدعوى إلى

---

(١) القواعد ٢: ٢٠٩، التذكرة ٢: ۵٨.

(٢) غنائم الأيام: ۶٨٠.

تلف المال، و الأصل بقاؤه، فيصير المدّعى عليه بالحقّ مدّعيا لتلف المال فتطلب منه البيّنة، فإن أقامها يحكم له بالإعسار، و يعمل معه عمل ذى العسرة، و يأتى.

و إن لم يقم البيّنة، فقال جماعة- منهم: الشرائع و القواعد و الكفاية «١» و غيرها «٢»، بل قال بعض مشايخنا المعاصرين: إنّه المشهور «٣»- إنّه يحبس حتى يعيّن إعساره، أو يقرّ، أو يخرجه صاحب الحقّ.

و عن التذكرة: أنّه يحلف مدّعى الحقّ على عدم التلف ثمّ يحبس «۴».

و هو ظاهر بعض متأخّرى المتأخّرين «۵».

حجّة الأول:

رواية غياث الثانية، و صدر رواية الأصبغ، و رواية السكونى، المتقدّمة جميعا فى المسألة الرابعة.

و دليل الثانى:

العمومات الآتية المصرّحة بأنّه إذا لم تكن للمدّعى بيّنة فيمين المدّعى عليه أو المنكر «۶».

أقول:

مقتضى الأخبار الأولى الحبس مطلقا، سواء كان المدّعى عليه منكرا جازما بعدم التلف أو لا، بل كان يقول: لا أدرى، كما هو الأكثر.

و لكنّها مخصوصة بالدين، بل من لم يثبت حاله من الإعسار و عدمه.

و مقتضى العمومات الثانية حلف المدّعى عليه فى خصوص صورة الإنكار و دعوى عدم التلف، و لكنّها عامّة فى الدين و العين و سائر الحقوق.

---

(١) الشرائع ٢: ٩٥، القواعد ٢: ٢٠٩، الكفاية: ٢٦٧.

(٢) كالمسالك ٢: ٣٦٧.

(٣) انظر الرياض ٢: ٣٩٦.

(۴) التذكرة ٢: ٥٨.

(۵) انظر كشف اللثام ٢: ٣٣٧.

(۶) انظر الوسائل ٢٧: ٢۴١ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٧.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ١٨۶

فتتعارضان بالعموم من وجه فى صورة إنكار المدّعى، و لا أصل هنا، و كلّ من الحبس و الإحلاف مخالف للأصل محتاج إلى الإذن، فمقتضى القاعدة التخيير بين الحبس أو لا، أو الإحلاف ثمَّ الحبس، إلّا أنّى لم أجد به قائلا، و لكن إثبات الإجماع المركّب فى أمثال المقام مشكل، و الأحوط الإحلاف ثمَّ الحبس، و دليل تجويز الإحلاف حينئذ أدلّة الاحتياط، كما بيّنا فى موضعه.

و لكن يحصل الإشكال للحاكم حينئذ لو لم يحلف المنكر لعدم التلف، فهل يحكم بنكوله و يثبت به الإعسار، أو يحبس؟

و لندرة الفرض- من جهة أنّ الأغلب عدم علم المدّعى، و لو فرض أحيانا- فنكوله نادر، و لو فرض النكول فتمكّن الحبس للحاكم فى هذه الأزمنة مشكل، و جواز غيره من العقوبات هنا غير ثابت، فصرف الوقت فى حاله حينئذ ليس بذلك المهم.

و كيف كان، فلو لم ينكر المدّعى عدم التلف يحبس، للروايات المتقدّمة الخالية عن المعارض.

هذا، و للمحقّق الأردبيلى هنا كلام آخر، حيث قال:

قد لا تكون له بيّنة و يكون معسرا لا مماطلا، و مجرّد وجود مال سابقا لا يستلزم بقاءه، و الرواية ضعيفة، و دلالتها غير ظاهرة. و قد يكون ظاهر حاله إتلافه، كأن يستقرض ليخرجه فى مئونته مع حاجته، أو وجد عنده و كان يحتاج كلّ يوم إلى نفقة، و كيف يأتى بالبيّنة بإخراج كلّ درهم؟! فيمكن عدم الحبس، بل إحلافه على عدم بقائه عنده، و يخلّى سبيله إلى الميسرة و يؤيّده ظاهر الآية، فإنّ الظاهر منها كونه ذا عسرة بحسب الظاهر لا نفس الأمر، و هو حينئذ كذلك، فيمكن عدم اليمين أيضا

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ١٨٧

لذلك، إلّا أنّه لمّا ادّعى عليه المال، و علم وجوده، و لم يكن للمدّعى إثبات البقاء، و الاستصحاب يقتضى البقاء، و أنكر هو وجوده، احلف. انتهى.

أقول:

أمّا دعوى ضعف الرواية- بعد اشتهار العمل بمضمونها- فلا يضرّ. و أمّا عدم ظهور دلالتها فلا يتحقّق وجهه.

و أمّا ظهور إعساره، فإن بلغ ذلك إلى حدّ يعتبر شرعا فلا كلام، لحصول التبيين المذكور فى الروايات. و أمّا إذا لم يبلغ ذلك فلا وجه لاعتباره و ترك النصّ لأجله، و لفظ «ذى العسرة» موضوع للمعنى الواقعى، غاية الأمر تقييده بالعلم أيضا، و أمّا بأمثال ذلك

الظهور فلا، و إحلاف مدّعی التلف لا وجه له، و جعله منكرا للبقاء لا (وجه) «۱» يجعله منكرا، و إلّا لجری ذلك فی كلّ مدّع. فكلامه غير سديد.

فروع ثلاثة:

أ: البيّنة التی تقام علی الإعسار يلزم أن تشهد بتلف المال علما أو حسّا علی اختلاف القولين فی مسألة الشهادة،

و حينئذ تقبل، لأنّها بيّنة الإثبات، أمّا لو شهد بمطلق الإعسار فهو راجع إلی النفی، فلا تقبل.
نعم، إذا كان مراقبا لأحوال المشهود له، مطّلعا علی خفايا أمره، فله أن يشهد بما ضبط و اطّلع من أحواله و أعماله الكاشفة عن العسر، فإن علم الحاكم بها عسره يحكم به، و أمّا شهادته بأنّه ذو عسرة أو معسر فلا وجه لقبولها، إلّا إذا اكتفينا بالشهادة العلميّة، و قلنا بأنّ تلك شهادة إثباتيّة، و المقدّمتان ممنوعتان.

---

(۱) ليست فی «ح».

مستند الشيعة فی أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۱۸۸

ب: مئونة المحبوس حال الحبس من ماله، و وجهه ظاهر.

و يشكل الأمر لو لم يكن له شیء ظاهر، و كان ينفق كلّ يوم بقرض أو كسب قدر مئونته أو سؤال أو كلّ علی غيره و نحوها، بل قد يغتنم المحبس لذلك.
و كذا الإشكال فی مئونة الحبس، فإنّه يحتاج إلی مكان و مراقب ليلا و نهارا لئلّا يهرب، فإن كان هناك بيت مال فالمؤنتان عليه، و إلّا فإن بذله خصمه من ماله فلا إشكال أيضا، و إلّا فتحميله علی الحاكم ضرر عليه منفیّ شرعا، فيعارض بأدلّته أدلّة الحبس، فيرجع إلی أصل عدم وجوب الحبس عليه، أو يقال بالتخيير، فله إطلاقه و لا يجب عليه شیء.

ج: إذا لم يكن للحاكم محبس، و لا أعوان ينصبها للمراقبة،

و سائر ما يحتاج إليه للحبس- كما هو الغالب فی تلك الأزمنة- فله بعثه إلی محبس السلطان و نحوه، و للسلطان و نحوه الحبس بإذن الحاكم، لأنّه يصير حينئذ محبسا للقاضی. و لو لم يتمكّن من ذلك أيضا سقط عنه.

المسألة السابعة: ثمَّ إذا حكم للمدّعی عليه بالإعسار بالبيّنة، أو علم الحاكم، أو اليمين، أو الإقرار

اشاره

، فذهب جماعة إلی أنّه ينظر و يمهل و يخلّی سبيله حتی يحصل له مال، و هو مذهب المفيد و الشيخ فی الخلاف و الحلّی و المحقّق و القواعد و المسالك و المهذّب و الصيمری «۱» و المعتمد و غيرهم «۲»، بل هو المشهور كما فی المسالك و الكفاية و شرح القواعد للهندی «۳» و المعتمد، و غيرها «۴».

---

(۱) المفيد فی المقنعة: ۷۲۳، الخلاف ۱: ۶۲۴، الحلّی فی السرائر ۲: ۱۶۰، المحقّق فی الشرائع ۴: ۸۴، القواعد ۲: ۲۰۹، المسالك ۲: ۳۶۷.

(۲) كما فى التبصرة: ۱۸۷.

(۳) المسالك ۲: ۳۶۷، الكفاية: ۲۶۷، كشف اللثام ۲: ۳۳۶.

(۴) كالروضة ۳: ۸۳، الرياض ۲: ۳۹۶.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۱۸۹

للأصل، و قوله تعالى وَ إِنْ كانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلى مَيْسَرَةٍ «۱»، و روايتى غياث و الأصبغ المتقدّمتين «۲»، و مفهوم الحصر فى صحيحة زرارة السابقة «۳».

و رواية السكونى: «إنّ امرأة استعدت على زوجها أنّه لا ينفق عليها و كان زوجها معسرا فأبى عليه السّلام أن يحبسه، و قال: إنّ مع العسر يسرا» «۴».

و عن الشيخ فى النهاية: أنّه يسلّم إلى الغرماء ليؤاجروه و يستعملوه و يستوفوا حقّهم من ما يفضل من قوته و قوت عياله «۵»، لرواية السكونى المتقدّمة فى المسألة الرابعة، و وصفها فى المختلف بالمشهور «۶».

و عن ابن حمزة قول ثالث، مفصّل بين ما إذا كان المعسر ذا حرفة يكتسب بها فالثانى، و ما إذا لم يكن كذلك- و نفى عنه البعد فى المختلف «۷»- فالأول «۸»، للرواية الأخيرة، كما فى المختلف، أو جمعا بينها و بين الروايات السابقة «۹» كما قيل، و لأنّه يتمكّن من أداء ما وجب عليه و إيفاء الحقّ صاحبه فيجب عليه كالسعى فى المؤنة، و حيث يتمكّن من الكسب لا يكون معسرا، لتحقّق اليسار بالقدرة على تحصيل المال، و لهذا

---

(۱) البقرة: ۲۸۰.

(۲) فى ص: ۱۷۶ و ۱۷۷.

(۳) فى ص ۱۷۸.

(۴) التهذيب ۶: ۲۹۹- ۸۳۷ و ج ۷: ۴۵۴- ۱۸۱۷، الوسائل ۱۸: ۴۱۸ أبواب أحكام الحجر ب ۷ ح ۲.

(۵) النهاية: ۳۵۲.

(۶) المختلف: ۷۱۱.

(۷) المختلف: ۷۱۱.

(۸) الوسيلة: ۲۱۲.

(۹) فى ص: ۱۷۶ و ۱۷۷.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۱۹۰

الحق القادر على الكسب بالغنىّ فى باب الزكاة.

أقول:

قد يخالجنى- فى التمسّك بهذه الأخبار فى تخلية سبيله حتى يستفيد مالا، و فى إيجاره و استعماله- شىء، و هو أنّه قد استفاضت الأخبار على أنّ الإمام يقضى دين المديونين عن سهم الغارمين:

ففى مرسلة العبّاس: «الإمام يقضى عن المؤمنين الديون ما خلا مهور النساء» «۱».

و فى رواية أبى نجار: جعلت فداك، إنّ اللّه عزّ و جل يقول وَ إِنْ كانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلى مَيْسَرَةٍ أخبرنى عن هذه النظرة التى ذكرها اللّه عزّ و جل فى كتابه، لها حدّ يعرف إذا صار هذا المعسر إليه لا بدّ من أن ينظر، و قد أخذ مال هذا الرجل و أنفقه على عياله، و ليس له غلّة ينتظر إدراكها، و لا دين ينتظر محلّه، و لا مال غائب ينتظر قدومه؟ قال: «نعم، ينتظر بقدر ما ينتهى خبره إلى الإمام، فيقضى

ما عليه من الدين من سهم الغارمين» الحديث «٢». و غير ذلك من الأخبار «٣».

و أخبار المسألة واردة فى فعل علىّ عليه السّلام، و هو إمام مبسوط اليد، بيده بيت المال و الزكوات، فكان عليه الأداء، فما التوفيق بين هذه الأخبار؟! و هلّا يؤدّى الإمام ديونهم؟! و لا يمكن حمل أخبار المسألة على صورة عدم حضور سهم الغارمين عنده، لأنّه ليس قضية فى واقعة، بل

---

(١) الكافى ۵: ٩۴- ٧، التهذيب ۶: ١٨۴- ٣٧٩، الوسائل ١٨: ٣٣٧ أبواب الدين و القرض ب ٩ ح ۴.

(٢) الكافى ۵: ٩٣- ۵، و فيه بدل «أبى نجار»: «أبى محمّد» و كذا فى التهذيب ۶:

١٨۵- ٣٨۵ و الوسائل ١٨: ٣٣۶ أبواب الدين و القرض ب ٩ ح ٣، و فى الوافى ١٨:

٧٨٩- ١۵ عن الكافى: أبى نجاد.

(٣) الوسائل ١٨: ٣٣۵ أبواب الدين و القرض ب ٩.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ١٩١

يصرّح بأنّه عليه السّلام كان يفعل ذلك، و هو دالّ على التجدّد الاستمرارى.

و الذى أراه أنّ أخبار قضاء الإمام مخصوصة بمن لم يكن له طريق إلى الوفاء، و لا يمكنه استفادة المال من استغلال أو تكسّب أو عمل، كما تشعر به رواية أبى نجار، و أخبار المسألة مخصوصة بمن أمكنه استفادة المال، كما يصرّح به قوله: حتى يستفيد المال، و قوله: ليستعملوه، أى يطلبوا منه العمل و تكون لفظة «حتى» تعليليّة، أى يخلّى سبيله ليستفيد المال و يؤدّى الدين.

و التوفيق بين رواية السكونى «١» و سائر روايات المسألة: أنّ مورد سائر الروايات إنّما هو ما إذا كان المديون بحيث يعلم من حاله أنّه يستفيد المال بنفسه من غير حاجة إلى استعماله فيها و إجباره عليها، كما هو المستفاد من قوله: حتى يستفيد. و مورد رواية السكونى إنّما هو ما إذا لم يكن كذلك و لم يبال بعدم أداء الدين و عدم الاستفادة، إذ من الظاهر أنّ من يعلم من حاله أنّه يستفيد بنفسه لا حاجة فيه إلى المؤاجرة و الاستعمال.

و بما ذكرنا يرتفع التنافى بين الأخبار طرّا.

ثمّ نقول: إنّ بما ذكرنا ظهر عدم صلاحيّة شىء من الأخبار لمستند المشهور، لأنّ المشهور: أنّه يخلّى سبيله و يترك بحاله مطلقا، سواء كان قادرا على الاستفادة- و لو بالتكسّب- أم لا، و هو لا يلائم مع قوله: خلّى سبيله حتى يستفيد «٢»، أى ليستفيد، فإنّ التخلية إنّما كانت لذلك، و لو منعت من إرادة هذا المعنى- لاحتمال كون حتى للغاية- فنقول: باحتمال التعليلية يسقط استدلالهم.

---

(١) المتقدمة فى ص: ١٧٧.

(٢) راجع ص: ١٧٧.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ١٩٢

و أمّا صحيحة زرارة «١»، فلا دلالة لها أصلا، لأنّ الظاهر المتبادر من الحبس إسجانه فى سجن الإمام، و أمّا اشتغاله بالكسب فليس حبسا قطعا.

و منه يظهر حال رواية السكونى الأخيرة.

و أمّا الآية الشريفة، فكما مرّت إليه الإشارة لا تدلّ على مرادهم أصلا، لأنّ من يقدر على استفادة المال و لو بالتكسّب- الذى لم يكن شاقّا عليه، بل هو حرفته و عليه معاشه- لا يصدق عليه أنّه ذو عسرة أصلا، لا لغة و لا عرفا.

و لو سلّمنا صدقه عليه فنقول: إنّ الإنظار المأمور به هو ترك مطالبة أداء الدين حال العسرة، فإذا تركه و أخّره أنظره و لو أمره

بالتكسّب و تحصيل اليسار ثمَّ الأداء، ألا ترى أنّه يصحّ أن يقال: أمهله حتى يشتغل ببيع ضياعه و يأخذ ثمنه و يعطيه، فيصدق الإنظار مع أنّه مشغول بطلب المشترى و المبايعة و أخذ الثمن.

و الحاصل: أنّ الإنظار هو الإمهال و التأخير، و يمكن أن يكون المراد إمهاله فى أداء الدين و تأخيره مطالبته. و أمّا الأصل فإنّما يفيد لو لم يكن دليل مخرج عنه، و لا شكّ أنّ قضاء الدين على كلّ متمكّن منه واجب، و القادر على العمل و التكسّب متمكّن فيجب عليه، و لازمه وجوب العمل و الكسب من باب المقدّمة، و لازمه جواز أمره به و حمله عليه، بل وجوب ذلك.

و ظهر ممّا ذكرنا خلوّ المشهور عن الدليل، و كذا قول النهاية إن أراد دفعه إلى الغرماء مطلقا، سواء أمكنه الاستفادة بعمل أم لا، و سواء أدّى ما

---

(١) المتقدمة فى ص: ١٧٨.

يجب عليه بنفسه مع الإمكان [أم لا- «١»]، إذ ظاهر أنّ الرواية مخصوصة بصورة قدرته على عمل تحصل منه اجرة و شيء و إلّا فلا فائدة فيه- كشيخ هرم أعمى و مفلوج و أعرج و أشل- و بصورة عدم اشتغاله بنفسه و وفائه الدين.

و منه يظهر خلوّ قول ابن حمزة «٢» أيضا عن الدليل لو أراد الإطلاق.

فالحقّ- كما هو ظاهر المحقّق الأردبيلى، و صاحب الكفاية «٣»، و بعض مشايخنا المعاصرين و فضلائهم «۴»- أنّه و إن لم يتسلّط الغريم على استيفاء منافعه و إجارته ابتداء و لكن يجب على المديون المتمكّن من العمل و الكسب اللّائق بحاله الغير الشاقّ عليه الكسب.

و لو ترك هذا الواجب و توانى منه- بحيث يترتّب عليه ضرر الغرماء- على الحاكم إجباره أمرا بالمعروف و دفعا للضرر.

و لو رأى أنّه لا- ينجح فيه أمره و جبره و إقامته على الفعل الواجب إلّا بالدفع إلى الغرماء أمكن الجواز، بل الوجوب، بل يجب إن أمكن.

فروع:

أ: إذا أمر بالتكسّب أو استعمل،

يوضع ممّا استفاده مئونته و مئونة عياله الواجب نفقتهم بالمعروف، و يصرف الزائد فى الدين.

ب: التكسّب يشمل جميع الصنائع و الحرف و الأشغال

- و لو مثل

---

(١) أضفناه لاقتضاء السياق.

(٢) الوسيلة: ٢١٢.

(٣) الكفاية: ٢۶٧.

(۴) انظر الرياض ٢: ٣٩۶، غنائم الأيام: ۶٧٩.

الاحتطاب و الاحتشاش- إذا كان ممّن يتخشّى «١» منه ذلك، و يليق بشأنه و حاله، و لا يعدّ شاقّا عليه عرفا. و يقتصر فى زمان التكسّب

بما هو متعارف سائر الناس فى حرفهم و صنائعهم.

ج: لو رضى الغريم بإمهاله حتى يحصل له مال و عفى عن تكسّبه فله ذلك.

و لو تعدّد الغرماء و رضى بعضهم دون بعض يأمره من لم يرض بالتكسّب، و يكون جميع فاضل مئونته ممّا استفاد لذلك.

د: لو ارتاب الحاكم بالمقرّ و شك فى بلوغه،

أو عقله، أو رشده، أو اختياره، أو شبه ذلك ممّا هو شرط فى صحّة إقراره، توقّف فى الحكم حتى يستبين حاله، و وجهه واضح.

---

(۱) أى يترجّى منه ذلك- ففى مجمع البحرين ۱: ۱۲۴ و لسان العرب ۱۴: ۲۲۸:

خشيت بمعنى: رجوت.

البحث الثانى فى الإنكار

اشاره

اعلم أنّه إذا أنكر المدّعى عليه ما ادّعى عليه فلا يخلو إمّا أن يكون الحاكم عالما بالحال أو لا، و على الثانى فإمّا تكون للمدّعى بيّنة أم لا، فهاهنا مقامان:

المقام الأول فيما إذا كان الحاكم عالما

اشاره

و قد عرفت أنّ الحقّ أنّه يقضى حينئذ بعلمه مطلقا، و لكن بقيت هنا مسائل ينبغى التنبيه عليها:

المسألة الاولى: لو كان الحاكم حكم فى الواقعة بحكم سابقا

- بعلمه أو بغيره من الإقرار أو البيّنة أو اليمين- و تذكّره، يقضى بمقتضاه، سواء تذكّر مستند الحكم السابق أم لا، لأنّ حكمه أيضا حجّة تامّة و مستند شرعى، فهو عالم بحكم الواقعة، فيشمله مثل قولهم عليهم السّلام: «رجل يقضى بالحقّ و هو يعلم» «۱» و سائر عمومات الحكم.

و إن لم يتذكّر الحكم، فإن شهد عدلان بحكمه به فالأصحّ لزوم القضاء به، وفاقا لوالدى العلّامة رحمه اللّه، لعموم قبول شهادة العدلين كما يأتى.

---

(۱) الكافى ۷: ۴۰۷- ۱، الفقيه ۳: ۳- ۶، التهذيب ۶: ۲۱۸- ۵۱۳، الوسائل ۲۷: ۲۲ أبواب صفات القاضى ب ۴ ح ۶.

و قيل بالمنع، لإمكان رجوعه إلى العلم «۱».

و فيه: منع كلّية الإمكان أولا، و مع صلاحيّته للمنع ثانيا و إنّما هو إذا كان العمل بالشاهدين من باب الظنّ، و تختصّ حجّيّته هنا بصورة انسداد باب العلم.

و ظاهر التحرير التردّد فى المسألة «۲»، حيث نقل القولين من غير ترجيح.

و لو لم يكن شاهد، و كان هناك خطّه و خاتمه لم يحكم به و إن أمن التزوير، للأصل.

نعم، لو ضمّ معه قرائن اخرى موجبة للعلم بحكمه يلزم الحكم، و الوجه واضح.

المسألة الثانية: لا يختلف لزوم حكمه بما حكم أولا

مع تذكّر الواقعة أو شهادة العدلين أن يعلم عدم تبدّل رأيه فى بعض جزئيّات الواقعة، أو كلّها، أو لم يعلم، أو علم التبدّل، لأنّه قد ثبت (الحقّ بالحكم السابق) «۳»، فيجب استصحابه، و لا يصلح تبدّل الرأى لرفعه، كما إذا لم يحصل التنازع بعده، و كذا إن ظهر له طريان الفسق لشهود الحكم الأول بعده.

المسألة الثالثة: لو تذكّر ثبوت الحقّ عنده أولا من غير حكم به، أو شهد بذلك الشاهدان

. فإن تذكّر مستند الثبوت أو شهد به الشّاهدان بحيث ثبت، يحكم بمقتضاه.

---

(۱) الدروس ۲: ۷۸.

(۲) التحرير ۲: ۱۸۵.

(۳) بدل ما بين القوسين فى «ح»: الحكم بالحقّ.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج‌۱۷، ص: ۱۹۷

لا لأجل الثبوت السابق، لعدم كون مجرّد الثبوت بدون الحكم ملزما للخصم.

بل لأجل المستند، لعدم دليل على وجوب مقارنة قيام المستند لحال الحكم.

و لكن يشترط حينئذ عدم تبدّل رأيه، فلو ثبت عنده أولا بشهادة النساء مثلا، أو بشهادة رجل و يمين المدّعى، و لم يحكم، و تبدّل رأيه قبل الحكم عن قبول ذلك فى مثل تلك الواقعة، لا يحكم به، للأصل، لعدم تعلّق حقّ على الخصم حتى يستصحب، و الثبوت السابق بدون الحكم غير ملزم.

نعم، لو طرأ فسق الشهود لم يمنع من الحكم، و الفرق: أنّ المعتبر فى عدالة الشاهد إنّما هو حال الأداء، و فى فتوى المجتهد حال الحكم.

و إن لم يتذكّر المستند و لم يثبت بمثل العدلين أيضا فلا يحكم، للأصل، إذ لم يثبت أن مجرّد الثبوت عند الحاكم- من غير ظهور المستند الثابت اعتباره شرعا- من مستندات الحكم.

فإن قيل: الثبوت عند الحاكم قائم مقام علمه، فإذا جاز حكمه بعلمه جاز بالثبوت أيضا.

قلنا: لا نسلّم أنّ مطلق الثبوت عنده قائم مقام علمه، بل الثبوت مع الحكم، و أمّا بدونه فلا، و أمّا الحكم بعد الثبوت بالمستند فليس لأجل الثبوت، بل لأجل المستند.

المسألة الرابعة: لو لم يتذكّر الواقعة و لكن شهد عدلان بشهادته فيها، فهل يجوز حكمه بمقتضى شهادته هذه، أم لا؟

قال والدى العلّامة رحمه اللّه فى المعتمد: نعم. و لعلّه لأجل أنّه إذا جاز

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ١٩٨

حكم الحاكم بشهادة نفسه جاز بما ثبتت به شهادته أيضا، لأنّه حكم بشهادة نفسه أيضا.

و فيه: أنّه إنّما يصحّ لو كان حكمه بشهادة نفسه لأجل أنّها شهادة نفسيّته- كما فى شهادة الشاهدين- و ليس كذلك، لعدم دليل عليه، و إنّما هو لأجل علمه حين الحكم، و هو منتف هنا. فالأصحّ عدم جواز الحكم بها، للأصل.

المسألة الخامسة: لا يجوز للحاكم العالم بالواقعة- فيما يجوز حكمه بعلمه- قطع النظر عن العلم

و إيقاف الحكم على غيره من البيّنة أو اليمين، لأنّ معنى الإيقاف: أنّه لو كان الغير مخالفا للعلم عمل به، و هو غير جائز، إذ قبول البيّنة إنّما هو إذا لم يعلم مخالفتها للواقع و إلّا فلا تقبل إجماعا، و لأنّه موجب للحكم بخلاف ما يعلم، بل بغير ما أنزل اللّه باعتقاده.

بل نقول: إنّ المتبادر من عمومات طلب البيّنة و اليمين إنّما هو فى صورة اشتباه الواقعة، و على هذا فلا يكون بناء العمل على الغير مشروعا أيضا.

و منه يظهر عدم جواز طلب البيّنة أو اليمين، لأنّه إلزام للمطلوب منه بدون ملزم شرعى. بل لا يجوز الإحلاف و لو مع رضى الخصمين، لأنّه أمر شرعيّ يتوقّف على التوقيف.

و يجوز طلب البيّنة من غير أمر و إلزام، بأن يقول: إن كان لك بيّنة و أردت إقامتها فلك ذلك، لأصالة جواز الإتيان بها، و جواز إخبارها، و جواز استماع خبرها، بل قد يكون راجحا إذا أوجب البعد عن معرض التهمة، و اللّه العالم.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ١٩٩

المقام الثانى فيما إذا لم يكن الحاكم عالما بالحال

اشاره

و الحكم حينئذ إمّا يكون باليمين، أو بالبيّنة، أو بهما. و تفصيل الكلام فيها فى ثلاثة مواضع بعد ذكر مقدّمة.

المقدّمة:

اعلم أن من القواعد الثابتة المسلّمة بين الأمّة المدلول عليها بالأخبار «١»: أنّ الدعاوى تقطع بالبيّنة و اليمين.

قال اللّه سبحانه وَ مَنْ أَظْلَمُ مِمَّنْ كَتَمَ شَهادَةً عِنْدَهُ مِنَ اللَّهِ «٢».

و فى رواية أبى ضمرة: «أحكام المسلمين على ثلاثة: شهادة عادلة، أو يمين قاطعة، أو سنّة ماضية من أئمّة الهدى» «٣».

و فى مرسلة أبان: «اقض بينهم بالبيّنات و أضفهم إلى اسمى يحلفون به» و فيها أيضا: «ثمّ أوحى اللّه تعالى إليه» أى إلى داود «أن احكم بينهم بالبيّنات و أضفهم إلى اسمى يحلفون به» «۴».

و فى صحيحة سعد و هشام: «قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله: إنّما أقضى بينكم بالبيّنات و الأيمان» الحديث «۵».

---

(١) انظر الوسائل ٢٧: ٢٢٩ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١.

(٢) البقرة: ١۴٠.

(٣) الكافى ٧: ۴٣٢- ٢٠، التهذيب ۶: ٢٨٧- ٧٩۶، الخصال: ١۵۵- ١٩۵ و فيه:

بتفاوت يسير، الوسائل ٢٧: ٢٣١ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١ ح ۶.

(۴) الكافى ۷: ۴۱۴- ۳، التهذيب ۶: ۲۲۸- ۵۵۱، الوسائل ۲۷: ۲۲۹ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۱ ح ۲ و فيه: اقض عليهم ..

(۵) الكافى ۷: ۴۱۴- ۱، التهذيب ۶: ۲۲۹- ۵۵۲، الوسائل ۲۷: ۲۳۲ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۲ ح ۱.

و فى تفسير الإمام عليه السّلام: «كان رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله يحكم بين الناس بالبيّنات و الأيمان فى الدعاوى» «۱»، إلى غير ذلك.

ثمّ إنّ هذا حكم مجمل و قاعدة مبهمة.

و من القواعد المسلّمة بين الأمّة الثابتة بالأخبار المستفيضة المفصّلة لذلك المجمل: أنّ البيّنة على المدّعى و اليمين على المنكر.

ففى صحيحة الحلبى و جميل و هشام: «البيّنة على من ادّعى و اليمين على من ادّعى عليه» «۲».

و فى صحيحة العجلى: «الحقوق كلّها: البيّنة على المدّعى و اليمين على المدّعى عليه، إلّا فى الدم خاصّة» الحديث «۳».

و فى رواية أبى بصير: «إنّ اللّه [عزّ و جلّ] حكم فى الدماء ما لم يحكم فى شىء من حقوق الناس، لتعظيمه الدماء، لو أنّ رجلا ادّعى على رجل عشرة آلاف درهم أو أقلّ من ذلك أو أكثر لم يكن اليمين على المدّعى، و كانت اليمين على المدّعى عليه» الحديث «۴».

و فى صحيحته: «إن اللّه حكم فى دمائكم بغير ما حكم به فى أموالكم، حكم فى أموالكم أنّ البيّنة على المدّعى، و اليمين على المدّعى عليه» الحديث «۵».

---

(۱) الوسائل ۲۷: ۲۳۳ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۲ ح ۳.

(۲) الكافى ۷: ۴۱۵- ۱، التهذيب ۶: ۲۲۹- ۵۵۳، الوسائل ۲۷: ۲۳۳ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۳ ح ۱.

(۳) الكافى ۷: ۳۶۱- ۴، الوسائل ۲۷: ۲۳۳ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۳ ح ۲.

(۴) الكافى ۷: ۳۶۲- ۸، الفقيه ۴: ۷۳- ۲۲۳، التهذيب ۱۰: ۱۶۷- ۶۶۳، الوسائل ۲۹: ۱۵۶ أبواب دعوى القتل و ما يثبت به ب ۱۰ ح ۵.

(۵) الكافى ۷: ۳۶۱- ۶ و ۴۱۵- ۲، الفقيه ۴: ۷۲- ۲۱۹، التهذيب ۶: ۲۲۹- ۵۵۴، الوسائل ۲۷: ۲۳۴ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۳ ح ۳، و ج ۲۹: ۱۵۳.

أبواب دعوى القتل و ما يثبت به ب ۹ ح ۴.

و غير ذلك ممّا يأتى.

ثمّ من القواعد المسلّمة كذلك أيضا الثابتة كذلك: أنّ البيّنة و اليمين ليستا بمجتمعتين، بل يمين المدّعى عليه إنّما هى إذا لم يقم المدّعى البيّنة، فالبيّنة مقدّمة على اليمين، و اليمين بعد عدم البيّنة.

ففى صحيحة سليمان بن خالد: «أحكم بينهم بكتابى، و أضفهم إلى اسمى تحلّفهم به» ثمّ قال: «هذا لمن تقم له بيّنة» «۱».

و مرسلة يونس: «استخراج الحقوق بأربعة وجوه: بشهادة رجلين عدلين، فإن لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان، فإن لم تكن امرأتان فرجل و يمين المدّعى، فإن لم يكن شاهد فاليمين على المدّعى عليه، فإن لم يحلف و ردّ اليمين على المدّعى فهى واجبة عليه أن يحلف و يأخذ حقّه، فإن أبى أن يحلف فلا شىء له» «۲».

و فى تفسير الإمام عليه السّلام: «كان رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله إذا تخاصم إليه رجلان فى حقّ قال للمدّعى: أ لك بيّنة؟ فإن أقام بيّنة يرضاها و يعرفها أنفذ الحكم على المدّعى عليه، و إن لم تكن له بيّنة حلف المدّعى عليه باللّه ما لهذا قبله ذلك الذى ادّعاه و لا شىء منه» الحديث «۳»، إلى غير ذلك ممّا يأتى.

ثمّ إنّ ما ذكرنا من القواعد الثلاث مطّردة عند أصحابنا فى جميع

---

(١) الكافى ٧: ٤١٥- ۴، التهذيب ۶: ٢٢٨- ٥٥٠، الوسائل ٢٧: ٢٢٩ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١ ح ١.

(٢) الكافى ٧: ۴١۶- ٣، التهذيب ۶: ٢٣١- ٥۶٢، الوسائل ٢٧: ٢۴١ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٧ ح ۴.

(٣) الوسائل ٢٧: ٢٣٩ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۶ ح ١.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٢٠٢

الدعاوى المسموعة، التى يتعيّن فيها جواب المدّعى عليه، بحيث لو أقرّ ألزم بالحقّ، سواء كانت الدعوى ماليّة أو غير ماليّة، كالنكاح و الطلاق و الرجعة و العتق و النسب و الولاء و غيرها. و خالفنا فى ذلك بعض العامّة، و لم يثبتوا اليمين على المنكر فيها سوى الدعاوى الماليّة غالبا «١». و عموم ما مرّ يردّه.

نعم، هذه القاعدة غير مطّردة فى الحدود إذا كان حقّ اللّه المحض خاصّة، بلا خلاف يعرف كما فى الكفاية «٢» و غيره «٣»، بل بالإجماع كما صرّح به المحقّق الأردبيلى.

للنبوىّ: «لا يمين فى حدّ» «۴».

و فى مرسلة الصدوق: «ادرؤا الحدود بالشبهات، و لا شفاعة و لا كفالة و لا يمين فى حدّ» «٥».

و مرسلة البزنطى: «أتى رجل أمير المؤمنين عليه السّلام برجل، فقال: هذا قذفنى، و لم تكن له بيّنة، فقال: يا أمير المؤمنين، استحلفه، فقال: لا يمين فى حدّ، و لا قصاص فى عظم» «۶»، و نحوها فى مرسلة ابن أبى عمير «٧».

---

(١) انظر بداية المجتهد ٢: ۴٧٣.

(٢) الكفاية: ٢٧١.

(٣) كالرياض ٢: ۴٠٥.

(۴) لم نعثر على كذا نص، نعم ورد مضمونه فى دعائم الإسلام ٢: ۴۶۶- ١۶٥٣، مستدرك الوسائل ١٨: ٢۶ أبواب مقدمات الحدود ب ٢١ ح ١.

(٥) الفقيه ۴: ٥٣- ١٩٠، الوسائل ٢٨: ۴٧ أبواب مقدمات الحدود و أحكامها العامّة ب ٢۴ ح ۴.

(۶) الكافى ٧: ٢٥٥- ١، الوسائل ٢٨: ۴۶ أبواب مقدمات الحدود و أحكامها العامّة ب ٢۴ ح ١.

(٧) التهذيب ١٠: ٧٩- ٣١٠، الوسائل ٢٨: ۴۶ أبواب مقدمات الحدود و أحكامها العامّة ب ٢۴ ح ١.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٢٠٣

و فى رواية غياث بن إبراهيم: «لا يستحلف صاحب الحدّ» «١».

و رواية إسحاق بن عمّار: «إنّ رجلا استعدى عليّا عليه السّلام على رجل، فقال له: إنّه افترى علىّ، فقال علىّ عليه السّلام للرجل: أ فعلت ما فعلت؟ فقال:

لا، ثمّ قال علىّ عليه السّلام للمستعدى: أ لك بيّنة؟ قال: فقال: مالى بيّنة، فأحلفه لى، قال عليه السّلام: ما عليه يمين» «٢».

و يدلّ عليه أيضا الأصل، و اختصاص ما دلّ من النصّ و الفتوى غالبا بالمنكر لما عدا الحدّ من الحقوق الماليّة و نحوها ممّا يستحقّها المدّعى، [مع أنّ الحد حقّ اللّه سبحانه، و إذن صاحب الحقّ] «٣» شرط فى سماع الدعوى، و لم يأذن اللّه سبحانه فيها، بل ظاهره الأمر بالستر و الإخفاء، و الكفّ عن التتبع و كشفها، و درء الحدود بالشبهات.

و يستفاد من أكثرها أنّه إذا كانت الدعوى ممّا يشترك فيه حقّ اللّه و حقّ الناس- كالقذف و الزنا- و لا بيّنة للمدّعى، غلب حقّ اللّه

على حقّ الناس، و لا يستحلف المدّعى عليه، كما عليه الأكثر. و يدلّ عليه أيضا قوله سبحانه:

وَ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَناتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَداءَ فَاجْلِدُوهُمْ «۴» دلّت على أنّه إذا لم يأت مدّعى الزنا بالمشهود يحدّ و لا يستحلف. و عن الشيخ فى المبسوط: ترجيح حقّ الآدمى، فيستحلف المدّعى

---

(۱) التهذيب ۱۰: ۱۵۰- ۶۰۲، الوسائل ۲۸: ۴۶ أبواب مقدمات الحدود و أحكامها العامّة ب ۲۴ ح ۲.

(۲) التهذيب ۶: ۳۱۴- ۸۶۸، الوسائل ۲۸: ۴۶ أبواب مقدمات الحدود و أحكامها العامّة ب ۲۴ ح ۳.

(۳) بدل ما بين المعقوفين فى النسخ: مع الحدّ إن اذن صاحب. و الصحيح ما أثبتناه.

(۴) النور: ۴.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج‌۱۷، ص: ۲۰۴

عليه الزنا، فإن حلف حدّ القاذف، و إن ردّ و حلف القاذف فيثبت الزنا فى حقّه بالنسبة إلى حدّ القذف دون ثبوت حدّ الزنا «۱». و استحسنه فى الدروس «۲». و الأصل و الكتاب و السنّة يردّه.

نعم، إذا كانت الدعوى مركّبة من حقّين- كالسرقة المستلزمة للغرامة و للقطع- تسمع فى حقّ الآدمى خاصّة، و يستحلف و تترتّب عليه آثاره بالنسبة إلى الغرامة، و سيأتى إن شاء اللّه تحقيقه فى موضعه.

ثمَّ إنّ ما ذكرناه من القواعد إنّما هو على الأصل فى المحاكمات، و قد يتخلّف فى بعض الموارد بالدليل، كضمّ اليمين مع البيّنة فى الدعوى على الميّت، و كالدعوى على قيّم الصغير، حيث لا يمين عليه، و يأتى كلّ فى موضعه. و عليك بملاحظة الأصول «۳» المذكورة إلى أن يأتيك الدليل.

و إذ علمت أنّ على المدّعى البيّنة أولا، فإذا تلقّى المدّعى عليه بالإنكار فيقول الحاكم للمدّعى: أ لك بيّنة، كما قاله النبى [صلّى اللّه عليه و آله] فى المروى عن تفسير الإمام المتقدّم و الولى [عليه السّلام] فى رواية إسحاق المتقدّمة، راجحا مطلقا، لإطلاق رواية التفسير، و وجوبا إن جهل المدّعى بأنّ عليه البيّنة لتوقّف الحكم عليه. فإن قال: ليس لى بيّنة، استحلفه على ما حكم به اللّه. [و إن] «۴» قال: نعم، استحضرها منه كذلك. و إن قال: لى بيّنة واحدة، استحضرها و استحلفه، و حكم فى كلّ من الصور بما يقتضيه حكم اللّه، كما نبيّنه فى المواضع الثلاثة:

---

(۱) المبسوط ۸: ۲۱۵.

(۲) الدروس ۲: ۹۳.

(۳) فى «ق»: الأمور.

(۴) ما بين المعقوفين ليس فى «ح» و «ق»، أضفناه لاستقامة المعنى.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج‌۱۷، ص: ۲۰۵

الموضع الأول فى الحكم باليمين

اشاره

و فيه مسائل:

المسألة الأولى: إذا قال المدّعى: إنّه لا بيّنة لى، عرّفه الحاكم أنّ له اليمين على خصمه المنكر لحقّه، فإن التمس المدّعى منه إحلافه أحلفه.

و لا يجوز للحاكم تحليفه إلّا بعد سؤال المدّعى، بلا خلاف بينهم كما فى المسالك و المفاتيح و شرحه «١»، و قولا واحدا كما ذكره بعضهم «٢»، و اتّفاقا كما فى شرح القواعد للهندى «٣»، بل بالإجماع كما فى المعتمد، بل هو إجماع محقّق، فهو الدليل عليه، مضافا إلى أنّه حقّ للمدّعى، فيتوقّف على مطالبته.

و ليس هنا شاهد حال دلّ على رضائه بإحلاف القاضى أو حلف المنكر بنفسه، إذ ربّما يتعلّق الغرض بأن لا يحلّفه لتبقى دعواه توقّعا لوجود شهود له، أو تذكّر، أو لردعه عن الإنكار، أو انتظار زمان آخر صالح للدعوى أو الإحلاف، أو طىّ الدعوى بالصلح ببعض «۴» المدّعى به، أو أخذ ماله تقاصّا، أو غير ذلك.

و يمكن أن يستدلّ له بصحيحة ابن أبى يعفور: «إذا رضى صاحب

---

(١) المسالك ٢: ٣۶٨، المفاتيح ٣: ٢۵۵.

(٢) انظر الرياض ٢: ٣٩٧.

(٣) كشف اللثام ٢: ٣٣٧.

(۴) فى «ق»: بنقص ..

الحقّ بيمين المنكر لحقّه فاستحلفه فحلف أن لا حقّ له قبله ذهبت اليمين بحقّ المدّعى فلا حقّ له» قلت: و إن كانت له بيّنة عادلة؟ قال: «نعم، فإن أقام بعد ما استحلفه باللّه خمسين قسامة ما كان له حقّ، و كانت اليمين قد أبطلت كل ما ادّعاه قبله ممّا قد استحلفه عليه» «١».

فإنّه عليه السّلام علّق إذهاب اليمين بالحقّ برضى صاحب الحقّ، و أيضا اشترط استحلافه- أى طلبه الحلف- فلا تذهب الدعوى بدون طلبه.

و على هذا، تدلّ على المطلوب أخبار أخر متضمّنة لقوله:

«استحلفه» كروايتى خضر بن عمرو: فى الرجل يكون له على الرجل مال فيجحده، قال: «إن استحلفه فليس له أن يأخذ منه بعد اليمين شيئا» الحديث «٢»، حيث شرط عدم جواز الأخذ باستحلافه.

و الأخبار بهذا المضمون كثيرة، و بها تقيّد إطلاقات حلف المدّعى عليه.

و على هذا، فإن تبرّع المنكر بالحلف أو أحلفه الحاكم بدون إذنه لغى، و أعيد ثانيا مع التماس المدّعى.

المسألة الثانية: كما أنّه لا اعتداد بإحلاف الحاكم بدون إذن المدّعى كذلك لا اعتداد بإحلاف المدّعى بدون إذن الحاكم و حكمه به

، و لا يحلف المدّعى عليه بدونه، كما هو المصرّح به فى كلام الأصحاب من دون ذكر خلاف و لا ظهور مخالف.

---

(١) الكافى ٧: ۴١٧- ١، الفقيه ٣: ٣٧- ١٢۵، التهذيب ۶: ٢٣١- ۵۶۵، الوسائل ٢٧: ٢۴۴ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٩ ح ١، بتفاوت.

(٢) الكافى ۵: ١٠١- ٣، و ج ٧: ۴١٨- ٢، الفقيه ٣: ١١٣- ۴٨١، التهذيب ۶: ٢٣١- ۵۶۶، و ج ٨: ٢٩٣- ١٠٨۵، الوسائل ٢٣: ٢٨۵ أبواب الأيمان ب ۴٨ ح ١، و ج ٢٧: ٢۴۶ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٠ ح ١، بتفاوت.

و قال بعض مشايخنا المعاصرين: من غير خلاف بينهم أجده، بل ظاهر الأردبيلى نسبته إلى الأصحاب كافّة. انتهى «١».

و قال فى موضع آخر: بلا خلاف، بل ظاهرهم الإجماع عليه كما يستفاد من كثير «٢». انتهى.

و قال بعض الفضلاء المعاصرين: و لم نعرف فى ذلك خلافا «٣».

و الظاهر أنّه كذلك.

و احتجّ له تارة بأنّه وظيفته.

و هو لا يخلو عن مصادرة.

و ثانية: بأنّه من تتمّة الحكم، و لا حكم بغيره.

و هو أيضا لا يخلو عن خدشة، إذ يمكن أن يقال: إنّه من مقدّمات الحكم لا من أجزائه- كإحضار البيّنة- فلا يثبت اختصاصه به من اختصاص الحكم به.

و ثالثة: بأنّه المتبادر إلى الفهم من الاستحلاف فى الروايات.

و فيه: أنّ المذكور فى الروايات استحلاف المدّعى دون الحاكم.

و رابعة: باستصحاب عدم لزوم ما يترتّب على الحلف من سقوط الحقّ و نحوه إلّا بالمتيقّن.

و فيه: أنّه كان حسنا لو لا العمومات و الإطلاقات بالترتّب على حلف المدّعى عليه، مثل قوله فى رواية البصرى: «فإن حلف فلا حقّ له» «۴» و فى

---

(١) الرياض ٢: ٣٩٧.

(٢) الرياض ٢: ۴٠٣.

(٣) غنائم الأيام: ۶٩٠.

(۴) الكافى ٧: ۴١۵- ١، الفقيه ٣: ٣٨- ١٢٨، التهذيب ۶: ٢٢٩- ۵۵۵، الوسائل ٢٧: ٢٣۶ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۴ ح ١.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج‌١٧، ص: ٢٠٨

مرسلة يونس: «فهى واجبة عليه أن يحلف و يأخذ حقّه» «١»، إلى غير ذلك.

و القول: بأنّ غاية ما فى الأخبار الإطلاق، و هو منصرف إلى ما هو الغالب فى الحلف فى مقام الدعاوى، من كونه بإذن الحاكم، مع أنّها منساقة لبيان حكم آخر غير ما يراد إثباته.

قابل للخدش و المنع، فإنّ الاختصاص بالإطلاق- ثمَّ غلبة ما ذكر حين صدور الأخبار، ثمَّ ورودها مورد حكم آخر، ثمَّ عدم إفادة مثله لو سلّم للإطلاق و العموم- ممّا يقبل المنع.

فلم يبق دليل للمسألة إلّا ظاهر الإجماع، و هو حسن.

و تدلّ عليه أيضا رواية محمّد بن قيس: «إنّ نبيّا من الأنبياء شكا إلى ربّه كيف أقضى بأمور لم أخبر ببيانها؟ قال: فقال: ردّهم إليّ و أضفهم إلى اسمى يحلفون به» «٢»، و نحوه فى مرسلة أبان و فى صحيحة سليمان بن خالد.

و يؤيّده أيضا المرويّ فى تفسير الإمام المتقدّم فى المقدّمة- حيث نسب التحليف إلى رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله «٣»- و بعض الأخبار المتضمّنة لقضاء أمير المؤمنين عليه السّلام، فإنّ الثابت من تلك الأخبار: أنّ ذلك وظيفة الحاكم، و أنّه ما لم يأت بذلك لم يتمّ حكمه، فلا يجوز له الحكم. و يتحقّق الإذن من الحاكم بمجرّد الأمر بالحلف، و لا يحتاج إلى تلقينه ألفاظها، للأصل.

المسألة الثالثة [صرّح جماعة بأنّه يجب أن يكون الحلف فى مجلس القضاء و الحكم،]

اشاره

صرّح جماعة- منهم: الحلّی و المحقّق و الفاضل «۴»

---

(۱) الکافی ۷: ۴۱۶- ۳، التهذیب ۶: ۲۳۱- ۵۶۲، الوسائل ۲۷: ۲۴۱ أبواب کیفیة الحکم و أحکام الدعوی ب ۷ ح ۴.

(۲) الکافی ۷: ۴۱۴- ۲، الوسائل ۲۷: ۲۳۰ أبواب کیفیة الحکم و أحکام الدعوی ب ۱ ح ۳.

(۳) راجع ص: ۲۰۱.

(۴) الحلّی فی السرائر ۲: ۱۸۳، المحقّق فی الشرائع ۴: ۸۸، و المختصر: ۲۸۲، الفاضل فی القواعد ۲: ۲۱۱، و التبصرة: ۱۸۸.

مستند الشیعة فی أحکام الشریعة، ج‌۱۷، ص: ۲۰۹

و غیرهم «۱»- بأنّه یجب أن یکون الحلف فی مجلس القضاء و الحکم، و نفی عنه بعض مشایخنا المعاصرین الخلاف، بل قال: إنّ ظاهرهم الإجماع علیه «۲».

إلّا أنّ ظاهر الفاضل فی التحریر عدم اشتراط ذلک و لا وجوبه، حیث قال: و إن أمسک المدّعی عن إحلاف المنکر ثمَّ أراد إحلافه بالدعوی المتقدّمة جاز، لأنّه لم یسقط حقّه منها و إنّما أخّرها «۳».

و أمّا قوله فی باب الحلف-: لا ینبغی للحاکم أن یحلف أحدا إلّا فی مجلس حکمه إلّا فی حقّ المعذور «۴»- فلا یدلّ علی الحرمة و لا الاشتراط، بل لفظ «لا ینبغی» ظاهر فی الکراهة.

و إلی ذلک مال بعض فضلائنا المعاصرین، قال: و أمّا لزوم کونه فی مجلس الحکم- کما یظهر من بعض العبارات- فوجوبه غیر معلوم و إن کان هو المنساق من ظاهر الروایات، لکنّها لا تفید الاشتراط، بل ما یدلّ علی استحباب تغلیظ الیمین بالمکان یدلّ علی جوازه فی غیره أیضا، سیّما مع الکراهة فی بعضها «۵». انتهی.

و استدلّوا للوجوب ببعض ما مرّ دلیلا علی لزوم کونه بإذن الحاکم.

و قد عرفت ما فیه.

و قد یستدلّ أیضا بما مرّ فی الأخبار المستفیضة من أمر الحاکم بإضافة المدّعی علیه إلی الاسم فیحلف به، فإنّ المتبادر عن ذلک أنّه یلزم

---

(۱) کالسبزواری فی الکفایة: ۲۷۰، و الفاضل الهندی فی کشف اللثام ۲: ۳۴۰.

(۲) الریاض ۲: ۴۰۳.

(۳) التحریر ۲: ۱۸۶.

(۴) التحریر ۲: ۱۹۱.

(۵) غنائم الأیام: ۶۹۰.

مستند الشیعة فی أحکام الشریعة، ج‌۱۷، ص: ۲۱۰

أن یکون فی حضوره، و لا أقلّ من عدم العلم بالامتثال بدون ذلک.

و فیه منع ظاهر، لصدق الإضافة إلی الاسم بالأمر بالحلف به کیف ما کان.

و قد یقال: إنّ المتبادر من قوله: «أضفهم إلی اسمی یحلفون به» أنّ اللّازم الحلف لأجل طلب الحاکم، فلو حلف المدّعی علیه لا لذلک لم یکن معتدّا به.

و لا يعلم كونه لذلك إلّا بتصريح المدّعى عليه، أو بقرينة تدلّ عليه.
و التصريح لا يفيد، لكونه جالبا به النفع، دافعا للمضرّة، فلا بدّ من أن يستدلّ عليه بالقرائن، و ليست إلّا كونه فى حضوره بعد طلبه، إذ المستفاد من ذلك أنّه أوقعه لأجله، بل لا يمكن تحقّق أزيد من ذلك، فلا بدّ من الإتيان به.
فإن قيل:
الإتيان بالحلف بعد طلب نائب الحاكم فى الإحلاف أيضا كذلك.
قلنا:
نعم، لو قلنا بجواز الاستنابة فيه، و لكنّه غير معلوم، لأنّه أمر به الحاكم، و الأصل عدم جواز الاستنابة فيه و عدم كفايته.
و فيه: أنّه تتحقّق الإضافة بالأمر بالحلف، و وجوب كون حلفه بقصد أمر الحاكم به فلا دليل عليه، فإذا وكّل عليه أحدا ليأتى بالمأمور به يصدق عليه الحلف بأمر الحاكم، و ليس ذلك استنابة فى الحلف، مع أنّه لو تمَّ ذلك لدلّ على لزوم كون الحلف فى مجلس الحاكم دون مجلس الحكم، و هو غير مطلوبهم.
و منه يظهر أنّ القول بعدم الوجوب و الاشتراط أظهر.
مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۲۱۱

فروع:

أ: القائلون بوجوب كونه فى مجلس الحكم استثنوا من ذلك المعذور،

كالمريض و الزمن «۱»- اللذين لا يمكنهما أو يشقّ عليهما الحضور إلى الحاكم- و الخائف، و غير البرزة من النساء، و الحائض و النفساء، مع كون الحاكم فى موضع لا يجوز لهما المكث فيه أو الدخول.
قالوا: فيستنيب الحاكم حينئذ من يحلّفه، لاستلزام الحضور مع ذلك العسر و الحرج، و إلزام الحاكم حينئذ بمباشرته الإحلاف بالمسير إليه مستلزم للنقص فيه، أو إلقائه فى ضيق و شدّة و عسر، مع عدم كونه معهودا فى الأزمنة السابقة. و احتمل بعض الأصحاب وجوب ذلك على الحاكم، إلّا إذا وجب النقص «۲».
أقول:
لازم أدلّة نفى العسر و الحرج أحد الأمرين: إمّا جواز الاستنابة، أو جواز إيقاف الحكم إلى ارتفاع العذر، إلّا فى عذر لم يرج زواله.
فالحكم بالأول مطلقا لا وجه له، إلّا أن يقال بالتخيير، و مرجعه إلى جواز الاستنابة أيضا.
و لكن هذا إنّما يتمّ على ما هو المشهور من عدم جواز إذن الحاكم لمقلّده العادل فى الحكم فى واقعة مخصوصة.
أمّا على ما اخترناه- من جوازه- فيرتفع العذر بالإذن لمن يقولون

(۱) الزمانة: العاهة، و آفة فى الحيوان، يقال: زمن الشخص زمنا و زمانة فهو زمن من باب تعب، و هو مرض يدوم زمانا طويلا- مجمع البحرين ۶: ۲۶۰.
(۲) حكاه عنه فى الرياض ۲: ۴۰۳.
مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۲۱۲
باستنابته فى الإحلاف أن يحكم و يستحلف.
نعم، لو فرض عدم إمكان ذلك لتمّ الحكم بالتخيير المذكور.

ب: قد ظهر من عدم اشتراط كون الحلف فى مجلس الحكم جواز تأخير المدّعى إحلاف المنكر إلى وقت آخر،

كما نقل عن التحرير «۱».

و لا يشترط اعادة الدعوى ثانيا، بل لا يلزم إحضاره عند الحاكم أيضا.

ج: قال فى القواعد و التحرير «۲»: لو قال: أبرأتك من هذه اليمين،

سقط حقّه منها فى هذه الدعوى، و له أن يستأنف الدعوى، لأنّ حقّه لا يسقط بالإبراء من اليمين. فإن استأنف الدعوى و أنكر الخصم فله إحلافه، لأنّ هذه دعوى مغايرة للّتى أبرأه من اليمين فيها «۳». انتهى.

و هو كذلك، لأنّا لو قلنا بسقوط حقّ هذه اليمين الحاصل بحكم الحاكم بسبب تلك الدعوى لا يوجب سقوط حقّه الذى كان يدّعيه، للأصل. و مع بقائه يجوز له دعواه ثانيا، و مع الدعوى يجب على الحاكم استماعها و الحكم بمقتضاها، فإذا حكم بالحلف يكون هذا حقّا ثابتا «۴» ثبت بالدعوى الثانية. و إن شئت قلت: لم يثبت من الإسقاط إلّا سقوط اليمين الثابتة بذلك الحكم دون غيره.

المسألة الرابعة: ثمَّ المنكر – الذى وجّه الحاكم إليه الحلف – إمّا أن يحلف حلفا معتبرا شرعا

اشاره

– كما يأتى بيانه – أو يردّه على المدّعى، أو ينكل

---

(۱) التحرير ۲: ۱۸۶ و ۱۹۱.

(۲) ليست فى «ح».

(۳) التحرير ۲: ۱۸۶، و لم نجدها فى القواعد.

(۴) فى «ح»: ثانيا ..

و يأبى عن أحد الأمرين.

فإن حلف سقطت الدعوى عنه فى الدنيا، و لكن لا تبرأ ذمّته من الحقّ فى نفس الأمر لو كان كاذبا، بل يجب عليه فيما بينه و بين اللّه تعالى التخلّص من حقّ المدّعى بلا خلاف، بل بالإجماع، له، و للاستصحاب – حيث لم يثبت من أدلّة سقوط الدعوى أزيد من سقوطها ظاهرا – و للمعتبرة من الأخبار:

كصحيحة سعد و هشام: «قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله: إنّما أقضى بينكم بالبيّنات و الأيمان، و بعضكم ألحن بحجّته من بعض، و أيّما رجل قطعت له من مال أخيه شيئا فإنّما قطعت له قطعة من النار» «۱».

و المروىّ فى تفسير الإمام عليه السّلام: «فقال رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله: يا أيّها الناس، إنّما أنا بشر و إنّكم تختصمون، و لعلّ بعضكم يكون ألحن بحجّته، و إنّما أقضى على نحو ما أسمع منه، فمن قضيت له من حقّ أخيه بشىء فلا يأخذنّه، فإنّما أقطع له قطعة من النار» «۲».

و يستفاد منها مثل ذلك فى جانب المدّعى لو شهدت له البيّنة الكاذبة، و بخصوصه وردت أخبار كثيرة، منها: رواية المناهى المشهورة المرويّة فى الفقيه، و فيها: «إنّه نهى عن أكل مال بشهادة الزور» «۳».

ثمَّ بما ذكرنا تخصّص الأخبار المتضمّنة لنفى الحقّ للمدّعى عن المنكر بعد حلفه أو ثبوته له بعد بيّنته لحقوق الدنيا، فإنّها تسقط عن

المنكر

(١) الكافی ٧: ۴١۴- ١، التهذیب ۶: ٢٢٩- ۵۵٢، الوسائل ٢٧: ٢٣٢ أبواب كیفیة الحكم و أحكام الدعوى ب ٢ ح ١.

(٢) الوسائل ٢٧: ٢٣٣ أبواب كیفیة الحكم و أحكام الدعوى ب ٢ ح ٣، بتفاوت یسیر.

(٣) الفقیه ۴: ٢- ١، بتفاوت یسیر، الوسائل ٢٧: ٢٣٢ أبواب كیفیة الحكم و أحكام الدعوى ب ٢ ح ٢.

مستند الشیعة فی أحكام الشریعة، ج١٧، ص: ٢١۴

بعد الحلف المعتبر، فلا تجوز له المطالبة و لا المقاصّة بماله كما كان له قبل الحلف، و لا العود فی الدعوى، فلو عاد إلیها لم تسمع منه، بلا خلاف فیه یوجد، بل باتّفاق المسلمین كما قیل «١».

للنصوص المستفیضة، كصحیحة ابن أبی یعفور المتقدّمة فی المسألة الاولى، و فی آخرها: «قال رسول اللّه صلّى اللّه علیه و آله: و من حلف لكم باللّه فصدّقوه، و من سألكم باللّه فأعطوه، ذهبت الیمین بحقّ المدّعی و لا دعوى له» «٢».

و روایتی خضر بن عمرو المتقدّمتین فیها أیضا «٣»، و روایة البصری المرویّة فی الفقیه: عن الرجل یدّعی قبل الرجل الحقّ فلا تكون له بیّنة بماله، قال: «فیمین المدّعى علیه، فإن حلف فلا حقّ له، و إن ردّ الیمین على المدّعی فلم یحلف فلا حقّ له» «۴».

و مرسلة إبراهیم بن عبد الحمید: فی الرجل یكون له على الرجل المال فیجحده إیّاه فیحلف له یمین صبر «۵»، إله علیه شیء؟ قال: «لا، لیس له أن یطلب منه» «۶».

و صحیحة سلیمان بن خالد: عن رجل وقع لی عنده مال فكابرنی

(١) انظر كشف اللثام ٢: ٣٣٧.

(٢) الفقیه ٣: ٣٧- ١٢۶، الوسائل ٢٧: ٢۴۵ أبواب كیفیة الحكم و أحكام الدعوى ب ٩ ح ٢، بتفاوت.

(٣) راجع ص: ٢٠۶.

(۴) الفقیه ٣: ٣٨- ١٢٨، الوسائل ٢٧: ٢٣۶ أبواب كیفیة الحكم و أحكام الدعوى ب ۴ ح ١.

(۵) أی الزم بها و حبس علیها، و كانت لازمة لصاحبها من جهة الحكم- النهایة لابن الأثیر ٣: ٨.

(۶) الكافی ٧: ۴١٨- ٣، التهذیب ٨: ٢٩۴- ١٠٨۶، الوسائل ٢٣: ٢٨۶ أبواب الأیمان ب ۴٨ ح ٢، بتفاوت.

مستند الشیعة فی أحكام الشریعة، ج١٧، ص: ٢١۵

علیه و حلف، ثمَّ وقع له عندی مال، فآخذه لمكان مالی الذی أخذه و أجحده و أحلف علیه كما صنع؟ فقال: «إن خانك فلا تخنه، و لا تدخل فیما عبته علیه» «١».

و روایة عبد اللّه بن وضّاح: كانت بینی و بین رجل من الیهود معاملة فخاننی بألف درهم، فقدّمته إلى الوالی فأحلفته فحلف، و قد علمت أنّه حلف یمینا فاجرة، فوقع له بعد ذلك عندی أرباح و دراهم كثیرة، فأردت أن أقتصّ الألف درهم التی كانت لی عنده فأحلف علیها، فكتبت إلى أبی الحسن علیه السّلام فأخبرته أنّی قد أحلفته فحلف، و قد وقع له عندی مال، فإن أمرتنی أن آخذ منه الألف درهم التی حلف علیها فعلت، فكتب: «لا تأخذ منه شیئا، إن كان ظلمك فلا تظلمه، و لو لا أنّك رضیت بیمینه فحلّفته لأمرتك أن تأخذه من تحت یدك و لكنّك رضیت بیمینه، لقد مضت الیمین بما فیها» فلم آخذ منه شیئا «٢».

و أمّا حسنة الحضرمی: رجل لی علیه دراهم فجحدنی و حلف علیها، أ یجوز لی إن وقع له قبلی دراهم أن آخذ منه بقدر حقّی؟ فقال: «نعم» الحدیث «٣».

فهی أعمّ مطلقا ممّا مرّ، لشمولها للحلف قبل استحلاف المدّعی

(١) الكافی ۵: ٩٨- ١، الفقیه ٣: ١١٣- ۴٨٢، التهذیب ۶: ١٩٧- ۴٣٧ و ٣۴٨- ٩٨٠، الاستبصار ٣: ۵٢- ١٧١، الوسائل ١٧: ٢٧۴ أبواب ما یكتسب به ب ٨٣ ح ٧.

(٢) الكافی ٧: ۴٣٠- ١۴، التهذیب ۶: ٢٨٩- ٨٠٢، الاستبصار ٣: ۵٣- ١٧۵، الوسائل ٢٧: ٢۴۶ أبواب كیفیة الحكم و أحكام الدعوی ب ١٠ ح ٢.

(٣) التهذیب ۶: ٣۴٨- ٩٨٢، الاستبصار ٣: ۵٢- ١۶٨، الوسائل ١٧: ٢٧٣ أبواب ما یكتسب به ب ٨٣ ح ۴.

مستند الشیعة فی أحكام الشریعة، ج١٧، ص: ٢١۶

و الحاكم أیضا، فیجب تخصیصها بما مرّ. مع أنّها لا تصلح لمعارضة ما مرّ، لأشهریّته روایة و شذوذها.

و مقتضی صریح الصحیحة الاولی و إطلاق البواقی أو عمومها عدم الفرق فی ما ذكر بین ما لم یقم بعد الحلف بیّنة أو أقامها، كما هو الحقّ المشهور، و اختاره الشیخ فی الخلاف و النهایة و موضع من المبسوط، و نسبه الإسكافی إلی الصادقین علیهما السّلام «١»، و عن الخلاف و الغنیة الإجماع علیه «٢».

خلافا للمحكی عن موضع من المبسوط، فتسمع البیّنة مطلقا «٣»، و لعلّه للإطلاقات سماع البیّنة.

و فیه: أنّها بما مرّ مقیّدة، سیّما مع شذوذ ذلك القول بالمرّة.

و للمحكیّ عن المفید و ابن حمزة و القاضی و الدیلمی، فتسمع- إلّا إذا شرط الحالف سقوط الحقّ بالیمین- إلحاقا لها بالإقرار، فكما یجب الحقّ به بعد الحلف- كما یأتی- یجب بها أیضا «۴».

و هو قیاس مع الفارق، فإنّ الإجماع فی الإقرار موجود دون البیّنة، و أیضا الإقرار تمام العلّة فی ثبوت الحقّ، بخلاف البیّنة، فإنّها لا تثبته إلّا بعد الحكم، و مع ذلك فهو اجتهاد فی مقابلة النصّ.

و للمحكیّ عن موضع آخر من المبسوط و الحلبی و الحلّی «۵»، و مال

(١) الخلاف ٢: ۶٢٢، النهایة: ٣۴٠، المبسوط ٨: ٢١٠، حكاه عن الإسكافی فی المختلف: ۶٩٩.

(٢) الخلاف ٢: ۶٢٢، الغنیة (الجوامع الفقهیة): ۶٢۵.

(٣) المبسوط ٨: ١۵٨.

(۴) المفید فی المقنعة: ٧٣٣، ابن حمزة فی الوسیلة: ٢١٣، حكاه عن القاضی فی المختلف: ۶٩٩، الدیلمی فی المراسم (الجوامع الفقهیّة): ۶۵٧.

(۵) المبسوط ٨: ٢١٠، الحلبی فی الكافی فی الفقه: ۴۴٧، الحلّی فی السرائر ٢: ١۵٩، و فیه: و إن قال المدّعی: لیس معی بیّنة، و طلب من خصمه الیمین فحلّفه الحاكم، ثمَّ أقام بعد ذلك البیّنة علی صحّة ما كان یدّعیه، لم یلتفت إلی بیّنته و أبطلت. و هو كما تری مخالف لما نسب إلیه، قال فی مفتاح الكرامة ١٠: ٧٧ أو وجدوا ذلك فی السرائر و لم نعثر علیه.

مستند الشیعة فی أحكام الشریعة، ج١٧، ص: ٢١٧

إلیه فی المختلف «١»، فتسمع لو أحلف مع نسیان البیّنة أو عدم علمه بها، و لا تسمع مع العلم بها و الرضا به عنها، لأنّ طلب الإحلاف لظنّ عجزه من استخلاص حقّه بالبیّنة.

و جوابه ظاهر ممّا مرّ.

و مقتضی إطلاق أكثر الأخبار أو عمومها و كذا الفتاوی عدم الفرق فی ذلك بین دعوی العین والدین، و لازمه أنّه لو ظفر صاحب العین بها بعد الحلف لم یجز له أخذها، و لو أخذها كان فعل حراما، كما هو مقتضی قوله: «ذهبت الیمین بحقّ المدّعی» و قوله: «فلا

حقّ له» «٢».

إلّا أنّه يمكن أن يقال: إنّ المستفاد- من قوله: «قطعت له قطعة من النار» و: «لا يأخذنّه» فى صحيحة سعد و هشام و تفسير الإمام و النهى عن الأكل «٣»- أنّه لا يملكه الحالف و لا يملكه غيره أيضا، فالعين باقية على ملكيّة المالك البتّة، ضرورة عدم تملّك غيرهما.

بل يدلّ قوله: «لا يأخذنّه» أنّ للمالك التصرّف فيه، فيكون له فيه حقّ، و ليس جميع أنواع الحقّيّة الدنيويّة منفيّة عنه، و به يحصل نوع من الإجمال فى الحقّ المنفى، فيقتصر فيه على المصرّح به فى الأخبار من الادّعاء و المطالبة و التقاصّ، و يبقى غير ذلك، و هو مقتضى الاستصحاب

---

(١) المختلف: ٦٩٩.

(٢) المتقدّمين فى ص: ٢٠۶ و ٢١۴.

(٣) الوارد فى رواية المناهى، و قد تقدّم الجميع فى ص: ٢١٣.

أيضا، فلا تخرج العين عن ملكيّة المالك، فله التصرّف فيها و أخذها لو أمكن بدون الدعوى و المطالبة و التقاصّ.

و لا يجوز لغيرهما العالم بالحقيقة ابتياعها عن الحالف و لا ردّها إليه لو وقعت فى يده.

و يجب على وارث الحالف المطّلع ردّها، و على الغير أمر الحالف بالردّ من باب النهى عن المنكر، و كذا فى الدين، فإنّه يجب على العالم بالواقع نهيه عن ذلك المنكر.

هذا، ثمَّ إنّهم قالوا: لو أكذب الحالف نفسه أو ادّعى سهوه أو نسيانه أو إثباته بالحلف- للعجز عن الأداء حين الترافع- و اعترف بالحقّ المدّعى كلّا أو بعضا جاز للمدّعى المطالبة و حلّت له المقاصّة.

قال المحقّق الأردبيلى: و لعلّه لا خلاف فيه. و قيل: بل لا خلاف ظاهرا بينهم «١». و عن المهذّب و الصيمرى دعوى الإجماع عليه «٢»، و صرّح بالإجماع والدى العلّامة فى المعتمد، فإن ثبت الإجماع فهو، و إلّا فالأخبار المتقدّمة تردّه، و دعوى انصرافها بحكم التبادر إلى غير محلّ الكلام واهية.

و الوجوه التى استدلّوا بها لتخصيص الأخبار غير تامّة.

منها: ما ذكره فى المسالك بقوله: لتصادقهما حينئذ على بقاء الحقّ فى ذمّة الخصم، فلا وجه للسقوط «٣».

و ما ذكره المحقّق الأردبيلى من عموم إقرار العقلاء على أنفسهم جائز، و من عموم أدلّة جواز المقاصّة.

---

(١) انظر الرياض ٢: ٣٩٨.

(٢) لم نعثر عليه فى المهذّب، و لكن نسبه إليه فى الرياض ٢: ٣٩٨.

(٣) المسالك ٢: ٣۶٨.

و ما ذكره غيرهما «١» من خصوص الخبر: إنّى كنت استودعت رجلا مالا فجحدنيه فحلف لى، ثمَّ إنّه جاء بعد ذلك بسنتين بالمال الذى كنت استودعته إيّاه، فقال: هذا مالك فخذه و هذه أربعة آلاف درهم ربحتها فى مالك فهى لك مع مالك، و اجعلنى فى حلّ، فأخذت منه المال و أبيت أن أخذ الربح منه، و أوقفت المال الذى كنت استودعته حتى أستطلع رأيك، فما ترى؟ قال: فقال: «خذ نصف الربح و أعطه النصف و حلّله، لأنّ هذا رجل تائب» «٢».

و الرضوى: «و إذا أعطيت رجلا مالا فجحدك و حلف عليه، ثمَّ أتاك بالمال بعد مدّة و بما ربح فيه و ندم على ما كان منه، فخذ منه

رأس مالك و نصف الربح، و ردّ عليه نصف الربح، هذا رجل تائب» «٣».

لضعف الكلّ غايته:

أمّا الأول، فلكونه اجتهادا فى مقابلة النصّ، أو مصادرة على المطلوب.

و أمّا الثانى، فلأنّ مقتضى جواز الإقرار الحكم بتعلّقه بما فى ذمّته حينئذ واقعا، و لا دلالة على ذلك على جواز المطالبة أو التقاصّ أصلا، فإنّه ليس بأقوى من علم المدّعى نفسه بذلك، مع أنّهم صرّحوا بأنّه إذا لم يقرّ لا تجوز له المطالبة أو التقاصّ، و صرّحوا بأنّه لا تبرأ ذمّة الحالف فى نفس الأمر.

---

(١) انظر الرياض ٢: ٣٩٨.

(٢) الفقيه ٣: ١٩٤- ٨٨٢، التهذيب ٧: ١٨٠- ٧٩٣، الوسائل ٢٣: ٢٨٦ أبواب الأيمان ب ٤٨ ح ٣.

(٣) فقه الرضا عليه السّلام: ٢٥٢، المقنع: ١٢٤.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٢٢٠

و مع ذلك قالوا: إنّ المحلوف له المطّلع على ذلك الأمر النفس الأمرىّ ليس له المطالبة و التقاصّ، مع أنّ الثابت من الإقرار ليس إلّا تعلّقه فى ذمّته قبل الحلف، و أمّا بعده و بعد تصريح الأخبار بأنّ اليمين أذهب حقّه فلا.

و من ذلك ظهر ضعف ما قيل من أنّ التعارض بين عموم الإقرار و ما مرّ من الأخبار بالعموم من وجه، و الترجيح للأخير «١».

فإن قيل: معنى جوازه أنّه يؤخذ به فيحصل التعارض.

قلنا: بل معناه أنّه مثبت للحقّ عليه، فكما أنّ الثبوت الواقعى المعلوم للمدّعى لم يكن مجوّزا للمطالبة و التقاصّ فكذا ذلك.

و أمّا الثالث، فلأنّ أدلّة التقاصّ أعمّ مطلقا من صحيحة سليمان بن خالد و رواية ابن وضّاح المتقدّمتين «٢»، و القاعدة: تخصيصها بهما.

و أمّا الرابع، فلأنّ محلّ الكلام جواز الدعوى و المطالبة و التقاصّ، دون جواز الأخذ لو بذل الحالف المال، فإنّه جائز مع عدم الإقرار أيضا، كيف؟! و هم صرّحوا بأنّ على الحالف مطلقا إبراء ذمّته عن الحقّ المحلوف عليه، و نهى فى الأخبار- كما مرّ- عن أخذ ما حلف به لو كان كاذبا.

و على هذا فالحكم المذكور مشكل غاية الإشكال.

و لذا تردّد فيه صاحب الكفاية، بل يشعر منه الميل إلى خلافه، حيث قال: قالوا كذا، و ظاهر الروايات يدلّ على خلافه «٣». انتهى.

و الأحوط أنّه إن بذله الحالف أخذه كما فى غير الإقرار أيضا، و إلّا

---

(١) انظر الرياض ٢: ٣٩٨.

(٢) فى ص: ٢١٤ و ٢١٥.

(٣) الكفاية: ٢٦٧.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٢٢١

فلا يقتص و لا يطالب و لا يدّعيه.

فرع:

على القول بجواز المطالبة مع إكذاب نفسه لو ادّعى صاحب الحقّ أنّ الحالف أكذب نفسه فأنكر كانت دعوى مسموعة، و طولب فيها

بالبيّنة و المنكر باليمين، و الوجه ظاهر.

المسألة الخامسة: إذا لم يحلف المدّعى عليه، بل ردّ اليمين على المدّعى، جاز و صحّ بالإجماع

اشاره

محقّقا و محكيا «۱»، له، و للنصوص المستفيضة، كمرسلة يونس المتقدمة فى المقدّمة «۲»، و رواية البصرى المتقدّمة فى المسألة الرابعة، و قوله فى آخر تلك الرواية: «و لو كان حيّا لألزم اليمين، أو الحقّ، أو يردّ اليمين عليه» «۳».

و صحيحة محمّد: فى الرجل يدّعى و لا بيّنة له، قال: «يستحلفه، فإن ردّ اليمين على صاحب الحقّ فلم يحلف فلا حقّ له» «۴».

و رواية عبيد: فى الرجل يدّعى عليه الحقّ و لا بيّنة للمدّعى، قال:

«يستحلف، أو يردّ اليمين على صاحب الحقّ، فإن لم يفعل فلا حقّ [له]» «۵».

و مرسلة أبان: فى الرجل يدّعى عليه الحقّ و ليس لصاحب الحقّ بيّنة،

---

(۱) كما فى الرياض ۲: ۳۹۸.

(۲) راجع ص: ۲۰۱.

(۳) الفقيه ۳: ۳۸- ۱۲۸، الوسائل ۲۷: ۲۳۶ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۴ ح ۱.

(۴) الكافى ۷: ۴۱۶- ۱، التهذيب ۶: ۲۳۰- ۵۵۷، الوسائل ۲۷: ۲۴۱ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۷ ح ۱.

(۵) الكافى ۷: ۴۱۶- ۲، التهذيب ۶: ۲۳۰- ۵۵۶، الوسائل ۲۷: ۲۴۱ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۷ ح ۲، بدل ما بين المعقوفين فى «ح» و «ق»: عليه، و ما أثبتناه من المصادر.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج‌۱۷، ص: ۲۲۲

قال: «يستحلف المدّعى عليه، فإن أبى أن يحلف و قال: أنا أردّ اليمين عليك لصاحب الحقّ، فإنّ ذلك واجب على صاحب الحقّ أن يحلف و يأخذ ماله» «۱».

و صحيحة هشام: «يردّ اليمين على المدّعى» «۲».

و رواية أبى العباس: «إذا أقام الرجل البيّنة على حقّه فليس عليه يمين، فإن لم يقم البيّنة فردّ عليه الذى ادّعى عليه اليمين، فإن أبى أن يحلف فلا حقّ له» «۳»، و نحوها موثّقة جميل «۴» و مرسلة أبان «۵»، إلى غير ذلك.

ثمّ بعد الردّ إن حلف المدّعى باليمين المردودة استحقّ و أخذ الحقّ بالإجماع، له، و لمرسلتى يونس، و أبان المتقدّمتين، المنجبرتين- لو كان فيهما ضعف- بالإرسال.

فروع:

أ: إذا ردّ المنكر اليمين على المدّعى فليس للمدّعى الردّ ثانيا،

بلا خلاف، لاستلزامه التسلسل، و لأنّ جواز الردّ أمر توقيفيّ و لا دليل عليه،

---

(۱) الكافى ۷: ۴۱۶- ۴، التهذيب ۶: ۲۳۰- ۵۶۱، الوسائل ۲۷: ۲۴۲ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۷ ح ۵.

(۲) الكافى ۷: ۴۱۷- ۵، التهذيب ۶: ۲۳۰- ۵۶۰، الوسائل ۲۷: ۲۴۱ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۷ ح ۳.

(۳) الکافی ۷: ۴۱۷- ۲، التهذیب ۶: ۲۳۱- ۵۶۳، الوسائل ۲۷: ۲۴۳ أبواب کیفیة الحکم و أحکام الدعوی ب ۸ ح ۲.

(۴) المتقدمة الإشارة إلیها فی ص ۱۵۴ و لکن بعنوان صحیحة جمیل.

(۵) الکافی ۷: ۴۱۷- ۲، الوسائل ۲۷: ۲۴۳ أبواب کیفیة الحکم و أحکام الدعوی ب ۸ ح ۲.

مستند الشیعة فی أحکام الشریعة، ج۱۷، ص: ۲۲۳

و لتصریح المرسلتین المتقدّمتین بوجوب الیمین علیه.

و هل للمنکر استردادها و حلفه بنفسه؟

فإن کان بعد حلف المدّعی فلیس ذلک له، بلا إشکال و خلاف، و عن المسالک الإجماع علیه «۱»، و لثبوت الحقّ علی المنکر بحلفه بمقتضی الأخبار المتقدّمة فیجب علی الحاکم الحکم به، و لا یسقط الحقّ الثابت بالیمین. و إن کان قبل حلفه، فعن الشیخ- کما فی الدروس «۲» و غیره «۳»- أنّه أیضا کذلک إذا لم یرض به المدّعی، و هو الأصحّ، لأنّ کلّا من الحلف و الردّ و الاسترداد أمور شرعیّة موقوفة علی التوقیف، و لا توقیف هنا.

فإن قیل:

جاز للمنکر الحلف قبل الردّ فیستصحب.

قلنا:

یعارضه جوازه للمدّعی أیضا بعد الردّ فیستصحب، و لا یمکن استصحابهما معا، لعدم إمکان اجتماع الحلفین.

فإن قیل:

یمکن أن یکون جوازه للمدّعی مقیّدا بعدم الاسترداد.

قلنا:

یعارضه إمکان تقیید جوازه للمنکر أیضا بعدم الردّ، مع أنّ المصرّح به فی الأخبار- کما مرّ- وجوبه علی المدّعی، و ذلک یستلزم سقوطه عن المنکر حال وجوبه علیه، لعدم إمکان بقائهما معا، فلا یبقی شیء یستصحب، بل یستصحب عدمه فی حقّه.

و ظاهر الدروس أنّ له ذلک «۴». و نفی بعض الفضلاء المعاصرین عنه البعد، محتجّا بأنّ الردّ فی معنی الإباحة لا الإبراء، و الأصل بقاء الحقّ «۵».

---

(۱) المسالک ۲: ۳۷۳.

(۲) الدروس ۲: ۹۴.

(۳) کالمسالک ۲: ۳۷۳.

(۴) الدروس ۲: ۹۴.

(۵) انظر غنائم الأیام: ۶۸۱.

مستند الشیعة فی أحکام الشریعة، ج۱۷، ص: ۲۲۴

و فیه: أنّه إن أرید أنّه إباحة لا إبراء فمع أنّه لا معنی محصّل له نقول:

إنّه لیس بشیء منهما، بل أمر شرعی، کمطالبة المدّعی أولا عنه الحلف، فإنّه لیس إباحة و لا إبراء.

و إن أرید أنّه فی معناها من جهة عدم اللزوم فهو مصادرة محضة.

و أمّا أصل بقاء الحقّ فقد عرفت حاله.

ثمَّ بما ذکرنا ظهر عدم جواز الاسترداد مع رضا المدّعی أیضا، لجریان الأدلّة فیه أیضا، و دعوی الإجماع فی أمثال تلک المسائل

مجازفة.

ب: إذا ردّ المنكر اليمين على المدّعى فهل للمدّعى إلزام المنكر بإحضار المال قبل اليمين؟

قال فى المختلف: لا نصّ فيه «۱». و عن الحلبى: القطع بأنّه له «۲».

و عن الشهيد الثانى: العدم «۳»، و هو مختار والدى، و هو الأظهر، للأصل، و عدم ثبوت حقّ عليه بعد .. و القدرة على الإثبات ليس ثبوتا.

ج: اختلفوا فى أنّ حلف المدّعى باليمين المردودة،

فهل يمينه بمنزلة البيّنة، أو الإقرار؟ و فرّعوا على ذلك الخلاف فروعا كثيرة مذكورة فى مواضعها.

و الحقّ- كما ذكره المحقّق الأردبيلى و صاحب الكفاية «۴» و والدى العلّامة فى المعتمد- عدم مستند مقبول يصحّ الاتّكاء عليه لشىء من القولين، و اللّازم إرجاع كلّ فرع فرّع إلى الأصول و القواعد و اعتبار الأدلّة فيها.

---

(۱) المختلف: ۷۰۰ و فيه: و لم يحضرنى الآن قول لأصحابنا يوافقه على ذلك.

و الوجه المنع ..

(۲) الكافى فى الفقه: ۴۴۷.

(۳) الروضة ۳: ۸۶.

(۴) الكفاية: ۲۶۸.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۲۲۵

المسألة السادسة: مقتضى ما ذكرنا من توقيفيّة الردّ و أصالة عدم جوازه

- بل دلالة قوله: «و اليمين على المدّعى عليه» فى الأخبار المتكثّرة «۱» على عدم الردّ- اختصاصه بمورد الإجماع و النصوص، و كلاهما مخصوصان بما إذا كان المدّعى صاحب الحقّ و ادّعى لنفسه الحقّ، أمّا الأول فظاهر، و أمّا الثانى فللتصريح فى جميع الأخبار المتقدّمة بقوله: «حقّه» أو:

«لا حقّ له» أو: «صاحب الحقّ» أو: «ماله» حتى آخر رواية البصرى، كما يظهر ممّا تقدّم على ما نقلناه عنه و ما تأخّر «۲».

نعم، ظاهر صحيحة هشام «۳» إطلاق المدّعى، و لكن يضعّفه:

جواز انصرافه إلى الغالب، و هو المدّعى لنفسه، كما يستفاد من سائر الأخبار أيضا، بل تبادره منه.

و عدم ظهور قول بالإطلاق، بل ظهور إطباق الأصحاب على خلافه.

و إجمال قوله: «يردّ»، حيث إنّه ليس المراد منه الإخبار الذى هو حقيقته، و لا- الطلب، و لا- الرجحان، بل مجاز آخر، و هو يمكن أن يكون مطلق الجواز، و أن يكون الجواز المطلق. و الثانى غير معلوم، و الأول لا يفيد الإطلاق.

و معارضتها مع الأخبار المتكثّرة القائلة بأنّ اليمين على المدّعى عليه.

و على هذا، فلا دليل على جواز الردّ على من يدّعى لغيره حقّا، حيث تجوز له الدعوى، و لذلك صرّح الأصحاب- من غير خلاف بينهم يوجد- باستثناء جواز الردّ فيما إذا كان المدّعى وصيّا ليتيم، أو قيّما له أو

---

(١) المتقدّمة فى ص: ٢٠١.

(٢) المتقدمة إليها الإشارة جميعا فى ص: ١۵۴ و ٢١۴ و ٢٢١ و ٢٢٢.

(٣) المتقدمة فى ص: ٢٢٢.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٢٢۶

لغائب، أو وليّا لأحدهما أو لمجنون أو سفيه، أو وصيّا لحجّ أو خمس أو زكاة أو نحو ذلك.

و على هذا، فيلزم على المنكر- على تقدير الإنكار- إمّا دفع الحقّ على المدّعى أو اليمين له، يعنى: إذا لم يحلف يحكم عليه بوجوب الأداء، لما يأتى من الحكم على ثبوت الحقّ بالنكول، لعمومات: «البيّنة على المدّعى و اليمين على من أنكر» الخالية عن معارضات الردّ هنا.

و منهم من حكم فى غير الأخير بالإيقاف حتى يبلغ الطفل و يفيق المجنون و يرجع الغائب فيحلف، و فى الأخير يحبس المنكر حتى يحلف أو يقرّ.

و ليسا بوجه، أمّا الأول فلأنّه ترك لأدلّة الحكم بالنكول بل موجب، و أمّا الثانى فلذلك، مضافا إلى عدم دليل على جواز الحبس.

نعم، لو كان المدّعى وكيلا، يردّ اليمين، و يحلف الموكّل، لأنّه المدّعى حقيقة و الوكيل آلته، بخلاف الوصىّ و القيّم.

و كذا يشترط فى جواز الردّ عدم مانع من يمين المدّعى عليه، فإن كان هناك مانع منه لا يكون ردّ، إذ جواز ردّ اليمين فرع جواز اليمين، فإذا لم يجز لم يجز، و لذا خصّ الأصحاب جواز الردّ أيضا بما إذا كانت الدعوى مجزومة.

و أمّا إذا كانت مظنونة أو موهومة- على القول بسماعهما- لا يكون ردّ، لأنّ اليمين لا يكون إلّا على البتّ و اليقين كما يأتى، فلو لم يحلف يحكم عليه، لما مرّ.

المسألة السابعة: لو لم يحلف المدّعى بعد ردّ اليمين إليه، فإن كان عدم حلفه تركا له و امتناعا عنه

- بأن يقول: لا أحلف، أو: لا أريد أن

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٢٢٧

أحلف، لكون الحلف مكروها أو تركه مرغوبا إليه- سقط حقّه و بطلت دعواه فى ذلك المجلس إجماعا، و فى غيره أيضا على الأشهر الأظهر، بل عليه أكثر من تقدّم «١» و عامّة من تأخّر، للأخبار المتقدّمة جميعا، فليس له مطالبة الخصم بعد ذلك، و لا استئناف الدعوى فى مجلس آخر، و لا مقاصّته.

و حكى بعض الأجلّة الخلاف فيه عن المبسوط و عن موضع من القواعد، فتسمع دعواه فى مجلس آخر «٢»، و الأخبار المذكورة تدفعه.

و لا فرق فى سقوطه مطلقا بين ما إذا لم يقم بعده بيّنة أو أقامها، لإطلاق النصوص و الفتاوى.

و فى التحرير و عن الشهيدين «٣» و بعض من تبعهما «۴»: سماع دعواه إذا أتى ببيّنة، و اختاره والدى رحمه اللّه فى المعتمد، و لعلّه لأجل أنّ معنى قوله فى الروايات المتقدّمة-: «إن لم يكن شاهدا و لا بيّنة له» أو: «ليس له بيّنة» و نحوها-: انتفاؤها فى نفس الأمر و انحصار الحجّة المثبتة لحقّه فى اليمين.

و فيه: أنّه لو سلّم ذلك فلا يجرى فى رواية أبى العبّاس و موثّقة جميل و مرسلة أبان «۵»، فإنّها متضمّنة لقوله: «فإن لم يقم بيّنة» الشامل لجميع صور عدم إقامة البيّنة، سواء كان لعدمها، أو عدم تذكّرها، أو عدم إرادتها، أو غير ذلك.

---

(١) كالصدوق فى المقنع: ١٣٢، و الطوسى فى النهاية: ٣۴٠، و الحلّى فى السرائر ٢: ١۵٩.

(۲) انظر کشف اللثام ۲: ۳۳۷، و هو فی المبسوط ۸: ۲۰۹، و القواعد ۲: ۲۰۹.

(۳) التحریر ۲: ۱۹۴، الشهید الأول فی الدروس: ۱۷۷، و الشهید الثانی فی الروضة ۳: ۸۶.

(۴) کالفیض الکاشانی فی المفاتیح ۳: ۲۵۷، و صاحب الریاض ۲: ۳۹۹.

(۵) المتقدمة جمیعا فی ص: ۲۲۲.

مستند الشیعة فی أحکام الشریعة، ج۱۷، ص: ۲۲۸

و استدلّ والدی بانصراف إطلاق أخبار المسألة إلی صورة عدم البیّنة.

و فیه: منع ظاهر.

و إن لم یکن عدم حلفه امتناعا و ترکا- بل کان استمهالا حتی ینظر فی الحساب، أو یسأل الشرکاء أو غیرهم، أو کان لأجل توقّع حضور بیّنته «۱» أو قال: أحضر البیّنة- ترک و لم یبطل حقّه علی الأصحّ کما فی المسالک «۲» و غیره «۳»، لأصالة بقاء حقّه، و عدم فوریّة الیمین.

و ظاهر التحریر عدم السماع حینئذ أیضا «۴».

و استشکل فیه المحقّق الأردبیلی و صاحب الکفایة «۵»، لعموم الأدلّة.

و فیه: منع العموم، فإنّ معنی قوله: «أبی أن یحلف»- کما فی طائفة من الأخبار المذکورة «۶»-: ترک الحلف و الامتناع منه، و لا یقال للمستمهل المقتدر: إنّه أبی، بل هو الظاهر من قوله: «فلم یحلف» کما فی طائفة أخری «۷»، لأنّ الظاهر من عدم الحلف الامتناع منه، سیّما بملاحظة الطائفة الأولی، فیبقی الأصل و الاستصحاب بحاله.

و حینئذ فهل یقدّر الإمهال بقدر أم لا؟

الظاهر: الثانی وفاقا للمسالک «۸»، للأصل، و عدم الدلیل، و أصالة

---

(۱) فی «ق» زیادة: أو إحضاره.

(۲) المسالک ۲: ۳۶۸.

(۳) کالمفاتیح ۳: ۲۵۷ و الریاض ۲: ۳۹۹.

(۴) التحریر ۲: ۱۹۴ و فیه: لا تسمع دعواه إلّا ببیّنة، و إن طلب الإمهال أخّر ..

(۵) الکفایة: ۲۶۸.

(۶) فی ص: ۱۵۴ و ۲۲۲.

(۷) تقدّمت فی ص: ۲۱۴.

(۸) المسالک ۲: ۳۶۸.

مستند الشیعة فی أحکام الشریعة، ج۱۷، ص: ۲۲۹

عدم اللزوم بالتقدیر، و لأنّ الیمین هنا لإثبات حقّه، و الیمین حقّه، فله تأخیره ما شاء، بخلاف المدّعی علیه.

المسألة الثامنة: لو لم یحلف المدّعی علیه و لم یردّ الیمین، بل أبی عن أحد الأمرین و نکل عن الحلف

اشاره

، قالوا: یقول له الحاکم: إن حلفت و إلّا جعلتک ناکلا، أو قال: إن حلفت أو رددت الیمین أو جعلتک ناکلا.

و علی القول بردّ الحاکم الیمین بعد النکول إلی المدّعی یقول: حلفت أو رددت و إلّا رددت و جعلتک ناکلا.

قالوا: و يستحبّ تثليث ذلك.

و عن المبسوط و الدروس وجوب المرّة الاولى «۱».

و لم أعثر على دليل عليه- كما اعترف به بعض آخر أيضا «۲»- و الأصل ينفيه، كما أنّه ينفى استحباب الثلاث بل المرّة أيضا، إلّا أن يثبت بفتوى الفقهاء، حيث يسامح فى أدلّة السنن.

و لكن فيه أيضا فى المقام إشكالا، إذ مقتضى الأخبار ثبوت الحقّ عليه، أو ثبوت الردّ على المدّعى بترك الحلف، فسقوطهما- بعد قول الحاكم ما ذكر و قبوله الحلف بنفسه- مناف لتلك الأخبار، محتاج إلى الدليل، و لذا قالوا بعدم قبول يمين المنكر بعد الحكم بالنكول، فإنّه لا فرق فى ذلك بين قبل الحكم و بعده، لأنّ النكول يوجب الحكم، و الحكم أحد الثبوتين، فما يدلّ على عدم قبول الحلف فى إسقاط ما ثبت على المنكر بالحكم بعده يدلّ على عدم قبوله فى إسقاط ما ثبت على الحاكم من الحكم

---

(۱) المبسوط ۸: ۱۵۹ و فيه: يقول هذا له ثلاثا ..، نعم نسب إليه فى مفتاح الكرامة ۱۰: ۸۰ وجوب المرة الأولى فقط، الدروس ۲: ۸۹.

(۲) حكاه عن الأردبيلى فى مفتاح الكرامة ۱۰: ۸۰.

بالنكول قبله أيضا، و لو قاله قبل إظهار عدم الحلف لكان أولى.

و كيف كان، فإذا نكل و أصرّ عليه ففى حكمه خلاف، فذهب الصدوقان و المفيد و الشيخ فى النهاية و الديلمى فى المراسم و القاضى فى الكامل و أبو الصلاح و المحقّق فى الشرائع و النافع و المعتبر و الفاضل فى التلخيص و المحقّق الثانى إلى أنّه يقضى عليه بمجرّد نكوله «۱».

و هو قول ابن زهرة فى الغنية بعد ما ذكر فى موضع منه ما يدلّ على القول الآخر- كما حكى عنه- حيث قال فى موضع آخر بعده: و إن نكل المدّعى عليه عن اليمين ألزمه الخروج عن خصمه ممّا ادّعاه «۲».

و اختاره من متأخّرى المتأخّرين جماعة، كالكفاية و المفاتيح و شرحه و والدى العلّامة «۳» و بعض الفضلاء المعاصرين «۴»، و هو ظاهر الشهيد الثانى «۵».

و ذهب الإسكافى و الشيخ فى المبسوط و الخلاف و القاضى فى المهذّب و الحلّى و ابن حمزة و الفاضل فى أكثر كتبه و الشهيد إلى أنّه يردّ الحاكم اليمين على المدّعى، فإن حلف ثبت حقّه، و إن نكل بطل «۶».

---

(۱) المفيد فى المقنعة: ۷۲۴، النهاية: ۳۴۰، المراسم: ۲۳۱، أبو الصلاح فى الكافى فى الفقه: ۴۴۷، الشرائع ۴: ۸۵، النافع: ۲۸۲، و حكاه عن تعليق النافع للمحقق الثانى فى مفتاح الكرامة ۱۰: ۸۳.

(۲) الغنية (الجوامع الفقهية): ۶۲۶.

(۳) الكفاية: ۲۶۸، المفاتيح ۳: ۲۵۷.

(۴) المحقق القمى فى رسالة القضاء (غنائم الأيام): ۶۸۵.

(۵) الروضة ۳: ۳۶۹. مستند الشيعة فى أحكام الشريعة ج۱۷ ۲۳۰ المسألة الثامنة: لو لم يحلف المدعى عليه و لم يرد اليمين، بل أبى عن أحد الأمرين و نكل عن الحلف ..... ص : ۲۲۹

(۶) حكاه عن الإسكافى فى المختلف: ۶۹۵، المبسوط ۸: ۱۱۷ و ۱۵۹ و ۱۶۰ و ۲۱۲، الخلاف ۲: ۶۲۱، المهذّب ۲: ۵۸۵، الحلّى فى السرائر ۲: ۱۶۵، ابن حمزة فى الوسيلة: ۲۱۷، الفاضل فى المختلف: ۶۹۵، التحرير ۲: ۱۸۶، التبصرة: ۱۸۷، الشهيد فى الدروس ۲: ۸۹.

و اختاره بعض مشايخنا المعاصرين «١»، و نسبه بعضهم إلى أكثر المتأخّرين «٢»، و عن الخلاف و الغنية الإجماع عليه «٣»، و فى السرائر: أنّه مذهب أصحابنا عدا الشيخ فى النهاية «۴».

و الحقّ هو الأول، لاستصحاب عدم ثبوت الحلف على المدّعى، و عدم توقيفيّة الردّ من الحاكم، لصدر رواية البصرى المرويّة فى الكافى و التهذيب: عن الرجل يدّعى قبل الرجل الحقّ فلا تكون له بيّنة بماله، قال:

«فيمين المدّعى عليه، فإن حلف فلا حقّ له، و إن لم يحلف فعليه» «۵».

و ذيلها المرويّ فى الكافى و التهذيب و الفقيه، و فيه: «و لو كان حيّا لألزم اليمين، أو الحقّ، أو يردّ اليمين عليه» الحديث «۶».

و فى كلّ من صدرها و ذيلها دلالة على المطلوب، أمّا الصدر ففى قوله: «و إن لم يحلف فعليه» و أمّا الذيل ففى قوله: «لألزم اليمين، أو الحقّ، أو يردّ اليمين».

و الإيراد عليها تارة بضعف السند. و هو- بعد وجودها فى الكتب الأربعة- عندنا باطل، مع أنّه بتلقّى الأصحاب لها منجبر. و القول- بأنّه جابر لخصوص ما تلقّوه لا جميعا- فاسد، لأنّه إنّما هو إذا كان الانجبار مخصوصا بالمدلول، و أمّا مع

---

(١) انظر الرياض ٢: ۴٠٠.

(٢) كما فى الرياض ٢: ۴٠٠.

(٣) الخلاف ٢: ۶٢١، الغنية (الجوامع الفقهية): ۶٢۵.

(۴) السرائر ٢: ١٨٠.

(۵) الكافى ٧: ۴١۵- ١، التهذيب ۶: ٢٢٩- ۵۵۵، الوسائل ٢٧: ٢٣۶ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۴ ح ١.

(۶) الفقيه ٣: ٣٨- ١٢٨.

الانجبار المتنى فيكون حجّة فى جميع ما يدلّ عليه الكلام، كما بيّنا فى موضعه.

و اخرى: باختلاف النسخة، فإنّ الرواية على ما فى الفقيه خالية عن قوله: «و إن لم يحلف فعليه» بل بدله: «و إن ردّ اليمين على المدّعى فلم يحلف فلا حقّ له» و على هذا فلا دلالة فيها على الحكم.

و فيه: أنّ الاختلاف إنّما يوهن إذا كان فى النسخ من الكتاب الواحد، أمّا من الكتب المتعدّدة فلا، لأنّ الأصل فيه تعدّد الرواية دون نسخ الرواية الواحدة، هذا مع أنّ ذيله- الذى هو أدلّ على المطلوب من صدره- اتّفقت عليه كتب المشايخ الثلاثة.

و ثالثة: بضعف الدلالة، إذ لا قائل بإطلاق ثبوت الحقّ عليه بعدم الحلف، بل لا بدّ إمّا من تقييده بالنكول عن الردّ، أو بما إذا ردّه على المدّعى و حلف، و الأول ليس بأرجح من الثانى.

و فيه: أنّ مقتضى الإطلاق ثبوت الحقّ بعدم الحلف على المنكر، سواء لم يردّ مع ذلك اليمين، أو ردّه و حلف المدّعى، أو ردّه و لم يحلف، خرج الأخير بالدليل فيبقى الباقى، و مثل ذلك الاستدلال جار فى أكثر أبواب الفقه، و ليس من باب احتمال التقديرين أو التجويزين حتى يحتاج إلى الترجيح و يحصل الإجمال بدونه.

و رابعة: باحتمال كون المبتدأ المقدّر لقوله: «فعليه» الحلف، و الضمير المجرور للمدّعى، أى فالحلف على المدّعى، أو يكون المبتدأ المقدّر: الحقّ المالى- و هو الدعوى- و الضمير للمنكر.

و فيه: أنّه خلاف الظاهر، و فتح باب تلك الاحتمالات يسدّ باب الاستدلال غالبا.

و خامسة: باحتمال التقيّة فيه، لكون ذلك مذهب جمع من العامّة،

و منهم أبو حنيفة «١».

و فيه: أنّه إنّما يفيد فى موضع المعارضة و لا معارض للرواية.

هذا، مع أنّ غير الأخير من تلك الوجوه لا يضرّ فى دلالة الذيل.

و تضعيف دلالته- باحتمال كون قوله: «أو يردّ اليمين عليه» بصيغة المجهول، فيراد ردّ الحاكم- سخيف غايته، لأنّه لا يسبق إلى ذهن من له أدنى إنس بالكلام مثل ذلك، مع أنّ ردّ الحاكم على المدّعى ليس منوطا بالحياة، و أيضا لو كان كذلك للزم أن يقول: «و يردّ» بلفظة: الواو، دون: أو، على ما هو بصدده.

نعم، يكون الإلزام بالحقّ مع ردّ الحاكم، فلا معنى للتقسيم بالأقسام الثلاثة، و هذا ظاهر.

و تدلّ على المطلوب أيضا صحيحة محمّد: عن الأخرس كيف يحلف؟ قال: «إنّ أمير المؤمنين عليه السّلام كتب له اليمين و غسلها و أمره بشربها فامتنع فألزمه الدين» «٢».

و ظاهر أنّه لم يردّ اليمين على المدّعى كما تدلّ عليه لفظة «الفاء»، فإنّها تدلّ على ترتّب الإلزام على الامتناع من غير حاجة فى بيان عدم الردّ إلى توسيط قبح تأخير البيان عن وقت الحاجة. و لا قائل بالفرق بين الأخرس و غيره.

و الإيراد عليها تارة بمثل ما مرّ من لزوم تقدير، لعدم جواز الإلزام بالامتناع عن اليمين إلّا مع الامتناع عن الردّ أيضا، و تقديره ليس بأولى من

---

(١) انظر بداية المجتهد ٢: ٤٦٩.

(٢) الفقيه ٣: ٦٥- ٢١٨، التهذيب ۶: ٣١٩- ٨٧٩، الوسائل ٢٧: ٣٠٢ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٣٣ ح ١، بتفاوت يسير.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٢٣۴

تقدير ردّ الحاكم على المدّعى.

و فيه: أنّ لزوم تقدير إنّما هو إذا قلنا: إنّ النكول و علّة الإلزام بالحقّ هما الامتناعان معا، و ليس كذلك، بل النكول و الموجب للإلزام هو الامتناع عن اليمين، إلّا إذا ردّها مع ذلك إلى المدّعى، فإذا امتنع نكل، و الزم ما لم يظهر ردّ، فلا يحتاج إلى تقدير عدم الردّ و ذكره، لأنّ الامتناع كاف فى الإلزام ما لم يظهر منه الردّ.

و اخرى: بأنّه قضية فى واقعة، فلا تكون عامّة.

و فساده ظاهر، لأنّه إن أريد بعدم عمومها عمومها بالنسبة إلى ردّ اليمين بعد الامتناع و عدمه فقد عرفت أنّ لفظة «الفاء»- الدالّة على الترتيب المثبت لعلّيّة الامتناع فقط- تدلّ على أنّ الإلزام مترتّب على الامتناع.

و إن أريد عمومها بالنسبة إلى غير هذا الأخرس أو الشخص المخصوص، فعدم القول بالفصل كاف فى التعميم.

و ثالثة: بأنّه فرع العمل به فى كيفيّة إحلاف الأخرس، و لم يقل به غير نادر.

و فيه أولا: إنّا نقول بالعمل به فيها و إن لم يكن مشهورا.

و ثانيا: إنّ مخالفته المشهور إنّما هو إذا قلنا: إنّ العمل بهذه الكيفيّة لخصوصيّتها، و أمّا لو قلنا بكونه لأجل أنّها أحد أفراد الإشارة المفهمة، لم يخالف الشهرة كما يأتى.

و رابعة: بمنافاتها لما ذكر من نقل الجمهور خلافه فى النكول عن علىّ عليه السّلام.

و فيه: أنّه أيّ اعتماد على نقل الجمهور؟! و كم من هذا القبيل- كما لا يخفى- على من لاحظ إسنادهم فى الفرائض إليه؟!

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٢٣۵

و ممّا يدلّ على المطلوب أيضا رواية أبى بصير المتقدّمة فى المقدّمة، حيث قال فيها: «لو أنّ رجلا ادّعى على رجل عشرة آلاف درهم

أو أقلّ من ذلك أو أكثر، لم يكن اليمين على المدّعى، و كانت اليمين على المدّعى عليه» «۱».

فإن قوله: «لم يكن اليمين» عامّ شامل لما إذا نكل المدّعى عليه عن اليمين أو لم ينكل، ردّ اليمين على المدّعى أو لم يردّ، خرجت صورة الردّ بالإجماع و النصوص، فيبقى الباقى.

و منه ما إذا نكل المدّعى عليه فلا يمين على المدّعى حينئذ بمقتضى الرواية، فلا يخلو إمّا يلزم المدّعى عليه بالحقّ، أو المدّعى بترك الدعوى، أو يوقّف الحكم، و الأخيران باطلان بالإجماع، فيبقى الأول و هو المطلوب.

و بتقرير آخر: إذا نكل المدّعى عليه فليس إلّا يمين المدّعى، أو إلزام المدّعى عليه إجماعا، و الأول باطل بعموم الرواية، فبقى الثانى، و هو المطلوب.

و قد يستدلّ أيضا بقولهم عليهم السّلام: «البيّنة على المدّعى، و اليمين على من أنكر» «۲»، و فى إتمام دلالته إشكال.

احتجّ الآخرون «۳» بالإجماع المنقول.

و استصحاب براءة ذمّة المنكر.

---

(۱) الكافى ۷: ۳۶۲- ۸، الفقيه ۴: ۷۳- ۲۲۳، التهذيب ۱۰: ۱۶۷- ۶۶۳، الوسائل ۲۹: ۱۵۶ أبواب دعوى القتل و ما يثبت به ب ۱۰ ح ۵.

(۲) انظر الوسائل ۲۷: ۲۳۳ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۳.

(۳) كما فى الرياض ۲: ۴۰۰.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۲۳۶

و النبوى العامىّ: أنّه صلّى اللّه عليه و آله ردّ اليمين على طالب الحقّ «۱».

و رواية عبيد و صحيحة هشام، المتقدّمتين فى المسألة الخامسة «۲».

و بنقل الجمهور نسبة ذلك القول إلى أمير المؤمنين عليه السّلام.

و الأول: مردود بعدم الحجّية، سيّما مع مخالفة فحول الطائفة قبل الدعوى، بل مخالفة الناقل نفسه قبلها كالشيخ «۳»، أو بعدها كابن زهرة «۴»، و لذا جعل فى المسالك و المعتمد هذا الاحتجاج من غرائب الاحتجاجات «۵».

و الثانى: بمعارضته مع أزيد منه من الاستصحابات المتقدّمة، ثمَّ بمزايلته بما ذكرنا من الأدلّة.

و الثالث: بعدم الحجيّة، ثمَّ بعدم الدلالة، لكونه قضيّة فى واقعة لا يعلم حالها أنّها فى أى واقعة.

و الرابع: بعدم الدلالة، لأنّ الظاهر أنّ فاعل «يردّ» هو المدّعى عليه، لمناسبته لضمير: «يستحلف» المقارن له، و لا أقلّ من الاحتمال المسقط للاستدلال.

و الخامس: بذلك أيضا، لما مرّ من تعدّد مجازه و عدم تعيينه، و لعلّه أنّه قد يجوز الردّ.

و السادس: بعدم حجّيّة نقلهم و إن أطبقوا عليه.

و قد استدلّ بوجوه أخر بيّنة الوهن، فلا فائدة فى التعرّض لها.

---

(۱) سنن الدار قطنى ۴: ۲۱۳- ۲۴.

(۲) راجع ص: ۲۲۱ و ۲۲۲.

(۳) النهاية: ۳۴۰.

(۴) الغنية (الجوامع الفقهية): ۶۲۶.

(۵) المسالك ۲: ۳۶۹.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج‌١٧، ص: ٢٣٧

فرعان:

أ: لو سكت المدّعى عليه بعد عرض الحاكم عليه اليمين فهل هو نكول أم لا؟

قال فى التحرير: نعم، بعد تعريف القاضى أنّه إذا عرض عليه اليمين ثلاثا و امتنع بسكوت أو غيره استوفى الحقّ بيمين المدّعى «١».
أقول:
الأولى الرجوع فى ذلك إلى العرف، فإنّ سكوته قد يكون لتدبّر و تأمّل فى الواقعة، أو لدهش، أو لتعظيم للحلف، فإن دلّت القرائن الحاليّة على أنّه تارك للحلف يصير ناكلا. و لعلّه لذلك جعل فى التحرير تنكيله بعد التعريف ثلاثا، إذ مع ذلك يحكم العرف بترك الحلف.

ب: ظاهر عبارات الأصحاب- كما قيل «٢»، و منهم الفاضلان «٣»- عدم الالتفات إلى قول المنكر لو بذل بعد نكوله اليمين،

بأن حلف، أو يقول:
ندمت من النكول بل أحلف.
و خصّه المحقّق فى النافع و الفاضل فى التحرير بما إذا كان ذلك بعد الحكم عليه بالنكول «۴».
و نفى بعضهم الخلاف فيه فى هذه الصورة على القول المختار، و فى صورة إحلاف الحاكم المدّعى على القول الآخر، مستدلّا بثبوت الحقّ على المدّعى عليه بذلك، فيستصحب إلى تيقّن المسقط، و اختصاص السقوط

---

(١) فى النسخ: المدعى عليه، و الصحيح ما أثبتناه كما فى التحرير ٢: ١٩۴.
(٢) انظر الرياض ٢: ۴٠١.
(٣) المحقّق فى الشرائع ۴: ٨۵ العلّامة فى القواعد ٢: ٢٠٩.
(۴) النافع: ٢٨٢، التحرير ٢: ١٩۴.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج‌١٧، ص: ٢٣٨

بيمينه بحكم التبادر و غيره بيمينه قبل الحكم عليه بنكوله «١».
و استشكل بعض آخر فى عدم الالتفات إذا كان ذلك قبل الحكم، و منهم من حمل إطلاقاتهم على ما فى النافع أيضا «٢».
أقول:
بل يمكن حمل كلام النافع على إطلاقاتهم، فإنّه قال: لو بذل المنكر اليمين بعد الحكم بالنكول لم يلتفت إليه. و كما يمكن أن تكون «الباء» سببية يمكن أن تكمن إلصاقيّة، أى بعد ثبوت النكول و تحقّقه.
و كيف كان، فالعلّة المذكورة لعدم الالتفات مشتركة، لأنّ كما أنّ الحكم بسبب النكول أو إحلاف المدّعى علّة لثبوت الحقّ عليه فيستصحب، فكذلك أصل النكول سبب و علّة لثبوت حقّ الحكم و وجوبه، أو جوازه بالحقّ أو بالردّ على الحاكم، فيجب استصحابه.
و الحاصل: أنّ بعد الحكم يستصحب ثبوت الحقّ على المدّعى عليه، و قبله على الحاكم، و لا فرق.
و أمّا ما ذكره الأردبيلى ردّا على إطلاقهم، من أنّه فرع ثبوت الحقّ بالنكول فورا و لا دليل عليه.
ففيه: أنّه و إن كان كذلك و لكن ثبت ما على الحاكم عليه فورا، إذ يمكن أن يقال فى ثبوت الحقّ بتوقّفه على الحكم، و أمّا وظيفة

الحاكم فلا يتوقّف ثبوتها على طول مدّة قطعا.

إلّا أن يقال: إنّه يمكن أن يكون ما على الحاكم مقيّدا بعدم الرجوع عن النكول فلا يمكن استصحابه، و لا يجرى ذلك فى ثبوت الحقّ فى ذمّته، فإنّه لا يقبل التقييد.

و لكن ذلك يصحّ على القول بتوقّف ثبوت الحقّ على الردّ على

---

(١) انظر الرياض ٢: ۴٠١.

(٢) كما فى غنائم الأيام: ۶٨۵.

المدّعى.

و أمّا على المختار، فالظاهر ثبوته بالنكول، و حكم الحاكم جزء لسبب ثبوته على الناس لا فى الواقع، أو على الحاكم، فبالنكول يثبت الحقّ على الحاكم، فيحكم به لإثباته على الغير، فتأمّل.

و قد يقال أيضا: بأنّ عدم الالتفات قبل الحكم أو بعده إنّما هو إذا عرض حكم النكول على المدّعى عليه، أو كان عالما به، و أمّا لو لم يعرض عليه فادّعى الجهل بحكم النكول فيشكل نفوذ القضاء، لظهور عذره.

و فيه: أنّ ذلك ليس حكما تكليفيّا حتى يعذر فيه الجاهل أحيانا، بل وضعى، و ليس الاستشكال هنا إلّا كالاستشكال فى ثبوت الدية على من كسر رأس غيره مع الجهل بثبوت الدية به.

و على القول بعدم الالتفات مطلقا أو بعد الحكم فهل يتفاوت الحكم برضى المدّعى بيمينه أم لا؟

قيل: نعم «١»، و الأظهر: لا، لأنّه أمر شرعى لا ينوط برضى أحد الخصمين أو عدم رضاه.

---

(١) كشف اللثام ٢: ٣٣٧.

الموضع الثانى فى الحكم بالبيّنة

اشاره

و فيه أيضا مسائل:

المسألة الاولى: و إن قال المدّعى: لى بيّنة، استحضرها الحاكم منه

وجوبا إن علم جهل المدّعى بانّ له الإحضار، و جوازا مطلقا كما عليه الأكثر، كما صرّح به جماعة، و منهم: الشيخان و الديلمى و الحلبى و القاضى فى أحد قوليه «١»، للأصل.

و خلافا للمبسوط و المهذّب و السرائر، فلم يجوّزوه مطلقا، لأنّه حقّ له، فله أن يفعل ما يرى «٢».

و فيه: أنّ الأمر هنا للإرشاد دون الإيجاب.

و منهم من فصّل بين علم الحاكم بمعرفة المدّعى بماله و جهله به «٣»، و الظاهر أنّ ذلك أيضا مراد المبسوط و من تبعه، كما أنّ الظاهر أنّ مرادهم نفى جواز الأمر الإيجابى، و مراد المجوّزين الإرشادى، فيعود نزاع الكلّ إلى اللّفظى. ثمّ- بعد حضور البيّنة- يجىء الوجهان فى سؤال الحاكم عنها قبل طلب المدّعى و عدمه، و لعلّ الأقرب: الجواز.

المسألة الثانية: لا يتعيّن على المدّعى إذا كانت له بيّنة

غائبة.

---

(۱) المفيد فى المقنعة: ۷۲۳، الطوسى فى النهاية: ۳۳۹، الديلمى فى المراسم: ۲۳۱، الحلبى فى الكافى فى الفقه: ۴۴۶، حكاه عن القاضى فى المختلف: ۶۹۰.

(۲) المبسوط ۸: ۱۵۹، المهذّب ۲: ۵۸۵، السرائر ۲: ۱۵۸، ۱۶۵.

(۳) كالعلّامة فى المختلف: ۶۹۰، و القواعد ۲: ۲۱۰، و الشهيد فى الدروس ۲: ۹۰.

إحضارها و لا حاضرة إقامتها، بل يجوز له الإحلاف حينئذ أيضا، بمعنى:

أنّ المدّعى الذى له بيّنة مخيّر بين إقامة البيّنة و التحليف، و للحاكم تخييره بينهما. صرّح به فى التحرير «۱»، و نفى بعض مشايخنا المعاصرين عنه الخلاف فى صورة عدم حضور البيّنة، ثمَّ قال: بل ذكر جماعة من دون خلاف بينهم ثبوت الخيار للمدّعى بين إحلافه و بين إقامة البيّنة و لو كانت حاضرة، لأنّ الحقّ له، فله أن يفعل ما يشاء منهما «۲». انتهى.

و نسب بعض فضلائنا المعاصرين تخييره مطلقا إلى المستفاد من الأدلّة، و قال: فلا يتوهّم أنّه مع إمكان إقامة البيّنة لا يجوز التحليف «۳».

انتهى.

أقول: و تدلّ عليه صحيحة ابن أبى يعفور المتقدّمة فى المسألة الاولى من الموضع الأول «۴»، حيث حكم فيها بذهاب اليمين بحقّ المدّعى كلّما رضى بيمين المنكر، بل صرّح بأنّه كذلك و إن كانت له بيّنة عادلة.

و إطلاق رواية محمّد بن قيس المتقدّمة فى المسألة الثانية منه «۵».

و لا تنافيها صحيحة سليمان بن خالد المتقدّمة فى المقدّمة «۶»، حيث قال: «هذا لمن لم تقم له بيّنة»، لأنّ المشار إليه للفظ «هذا» هو ما تقدّم من الأمر بالإضافة إلى الاسم الدالّ على تعيينه لمن لم تقم له البيّنة، و هو كذلك، مع أنّ المذكور فيها عدم إقامة البيّنة لا عدم وجودها، و أمّا بعد قيام

---

(۱) التحرير ۲: ۱۹۱.

(۲) انظر الرياض ۲: ۳۹۷.

(۳) غنائم الأيام: ۶۸۵.

(۴) راجع ص: ۲۰۵ و ۲۰۶.

(۵) راجع ص: ۲۰۸.

(۶) راجع ص: ۲۰۱.

البيّنة فلا شكّ فى عدم الحلف.

و لا مرسلة يونس المتقدّمة فيها أيضا «۱»، حيث قال: «فإن لم يكن شاهد فاليمين على المدّعى عليه»، لأنّ جزاء الشرط هو كون اليمين

متعيّنا و لازما على المدّعى عليه، كما تدلّ عليه لفظة «على»، و لا شكّ أنّه فرع عدم البيّنة، و أما معها فلا يتعيّن عليه، بل المدّعى بالخيار.

و لا المروىّ عن تفسير الإمام المتقدّم فيها أيضا «۲»، حيث علّق تحليف الرسول صلّى اللّه عليه و آله للمدّعى عليه بقوله: «و إن لم تكن له بيّنة»، لأنّ المراد منه: و إن لم يقم البيّنة، بقرينة ما تقدّم عليه من قوله: «فإن أقام بيّنة»، و لأنّ المعلّق على عدم البيّنة هو تحليف الرسول صلّى اللّه عليه و آله و هو لا ينافى اختيار المدّعى، فإنّ الحاكم ليس له خيار.

و على ما ذكر، فلو كانت للمدّعى بيّنة و أعرض عنها و التمس اليمين، أو قال: أسقطت البيّنة و اكتفيت باليمين، فهل يجوز الرجوع قبل الحلف؟

الأظهر الأشهر- كما صرّح به بعض من تأخّر «۳»- نعم، لأصالة بقاء الخيار، و عدم دليل على اللزوم بذلك الاختيار، و أصالة عدم السقوط بذلك الإسقاط. و لا يعارضها استصحاب بقاء ما ثبت للحاكم بالتماسه من جواز تحليف المنكر أو وجوبه، لأن المسلّم ثبوته له هو ثبوته ما دام المدّعى عليه باق على ذلك الاختيار.

المسألة الثالثة: إن قال المدّعى: لى بيّنة غائبة، خيّره الحاكم بين الصبر إلى حضورها و بين الإحلاف

، لما عرفت من كونه مخيّرا بينهما، فإن

---

(۱) راجع ص: ۲۰۱.

(۲) راجع ص: ۲۰۱.

(۳) كالعلّامة فى التحرير ۲: ۱۹۱.

اختار الأول قبل منه، و قالوا: يؤجّل و يضرب له وقت بمقدار إحضارها، و منهم من لم يذكر التأجيل.

و تدلّ على الأول رواية سلمة بن كهيل المتضمّنة لما ذكره أمير المؤمنين عليه السّلام لشريح: «و اجعل لمن ادّعى شهودا غيّبا أمدا بينهما، فإن أحضرهم أخذت له بحقّه، و إن لم يحضرهم أوجبت عليه القضيّة» «۱».

و القضيّة التى أمر بإيجابها عند عدم الحضور لا تخلو عن إجمال، فيمكن أن تكون حلف المنكر، و أن تكون إسقاط الحقّ، و أن تكون غيرهما، إلّا أنّ الظاهر أحد الأولين، لعدم معهوديّة غيرهما، بل عدم تصوّره.

و يدلّ على التأجيل أيضا أنّه ربّما أحضر المدّعى عليه من بلد بعيد، لعدم وجود أهل الترافع فى بلدهما، و يتضرّر المدّعى عليه بالمكث حتى أراد المدّعى إحضار البيّنة، و بالرجوع و العود أيضا، و لا يمكنه التوكيل للحلف، فلا بدّ من تعيين الأمد، و هو الأظهر.

و الحقّ أنّه ليس للمدّعى مطالبة غريمه بالكفيل حتى يحضر البيّنة، و لا ملازمته، و لا حبسه، وفاقا للمبسوط و الخلاف و الإسكافى و الحلّى و القاضى فى أحد قوليه «۲»، و عليه أكثر المتأخّرين بل عامّتهم كما قيل «۳»، و نسبه بعضهم إلى المشهور مطلقا «۴»، للأصل، فإنّ مطالبة الكفيل قبل ثبوت

---

(۱) الكافى ۷: ۴۱۲- ۱، الفقيه ۳: ۸- ۲۸، التهذيب ۶: ۲۲۵- ۵۴۱، الوسائل ۲۷: ۲۱۱ أبواب آداب القاضى ب ۱ ح ۱.

(۲) المبسوط ۸: ۱۵۹، الخلاف ۲: ۶۰۰، حكاه عن الإسكافى فى المختلف:

۶۹۰، الحلّى فى السرائر ۲: ۱۵۸، القاضى فى المهذّب ۲: ۵۸۶.

(۳) انظر الرياض ۲: ۳۹۷.

(۴) كما فى الكفاية: ٢۶٩.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٢۴۴

الحقّ أمر بلا دليل، سيّما مع جواز الحكم على الغائب، و ملازمته و حبسه عقوبة قبل حصول السبب لا دليل عليها.

و عن المقنعة و النهاية و القاضى- فى قوله الآخر- و الوسيلة و الغنية:

جوازه له «١»، بل عن الأخير نفى الخلاف فيه، حفظا لحقّ المدّعى، حذرا عن ذهاب الغريم، و لزوم مراعاة حقّ المسلم فى نفس الأمر، فيجب التكفيل من باب المقدّمة.

و فيه: أنّه لم يعلم ثبوت حقّ نفس أمرىّ له، بل هو مجرّد احتمال، و هو لا يصلح دليلا، فأين الحقّ الواجب مراعاته حتى يكون التكفيل مقدّمته؟!

المسألة الرابعة: بعد حضور البيّنة لا يقول الحاكم لهما: اشهدا

، لأنّه إيجاب بلا دليل على الوجوب، بل يقول: من كان عنده كلام أو شهادة، أو: إن كان عند كما شهادة، فليذكر ما عنده إن شاء، فإن أجابا و شهدا فلينظر فى أمر الشهادة:

فإن لم تكن الشهادة جامعة لشرائطها- الاتّفاقيّة، كالمطابقة للدعوى، أو الخلافية على الموافق للراجح فى نظره، من الحسّيّة و العلميّة، أو الأصليّة و الفرعيّة، أو الاستصحابيّة و الحاليّة، كما تأتى كلّها فى باب الشهادات- فليطرحها.

و إن كانت جامعة لها فلينظر فى حال الشاهدين:

فإن علم عدم كونهما جامعين للشرائط الآتية فى باب الشهادة- من العدالة، و انتفاء الشركة، و التهمة، و العداوة، و كثرة النسيان، و البلوغ،

---

(١) المقنعة: ٧٣٣، النهاية: ٣٣٩، حكاه عن القاضى فى المختلف: ۶٩٠، الوسيلة: ٢١٢، الغنية (الجوامع الفقهية): ۶٢۶.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٢۴۵

و نحوها ممّا يأتى- فليطرح شهادتهما أيضا.

و إن علم اجتماعهما لجميع الشرائط قبل شهادتهما و حكم.

و إن جهل كلّ حالهما أو بعضها استكشف عنها بما هو طريق الاستكشاف، فإذا انكشف الحال فليعمل بمقتضاها من القبول و الردّ، و لو لم ينكشف فليعمل بمقتضى نظره (فى كلّ حال) «١» من الشرائط، من أصالة وجوده أو عدمه، أو اشتراط العلم بالوجود أو عدم العلم بالخلاف، أو نحو ذلك ممّا يأتى، و يعمل بمقتضاه.

المسألة الخامسة: إن عرف الحاكم فسقهما لا يطلب التزكية من المدّعى

، لأنّ الجارح مقدّم، و له العمل بعلمه، إلّا أن تكون معرفته استصحابيّة، أو مستندة إلى ظاهر حال يمكن التخلّف.

فلو أراد المدّعى فى الأول إثبات زوال الحالة الاستصحابيّة و توبته من الفسق المعلوم يسمع، و كذا لو أراد فى الثانى إثبات ما يخالف الظاهر، كما إذا كان الشاهدان أو أحدهما من شركاء العاشر «٢»، فإنّ ظاهر حاله حينئذ الفسق، و أراد المدّعى إثبات أنّه مجبور على ذلك، و عمله مقصور بما هو مجبور فيه، أو أنّ مقصوده من الشركة دفع الظلم عن المعشور من ماله و بذل حصّته، أو إخفاء ماله، أو نحو ذلك. و نحوه إثبات أنّ مدمن الخمر مجبور، أو أنّه- لمرض منحصر علاجه فيه- معذور.

و يمكن الاكتفاء باشتراط معرفة الحاكم فى ذلك، لأنّ معرفته إنّما تكون إذا كان باب تلك الاحتمالات مسدودا عنده عادة، و أمّا مع

احتمال

---

(۱) بدل ما بين القوسين فى «ق»: فى احتمال كلّ ..

(۲) التعشير: و هو أخذ العشر من أموال الناس بأمر الظالم، يقال: عشرت القوم عشرا بالضم: أخذت منهم عشر أموالهم، و منه العاشر- مجمع البحرين ۳: ۴۰۴.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۲۴۶

- و لو بعيدا- فلا يكون عالما.

و لو لم يحتمل الحاكم و لكن ادّعى المدّعى إثباته و خطأ الحاكم يسمع.

المسألة السادسة: قد أشرنا إلى أنّه إن عرف الحاكم عدالتهما و اجتماعهما للشرائط حكم بشهادتهما

اشاره

، و لا أعرف فى ذلك خلافا، بل صرّح بانتفائه جماعة، منهم صاحب الكفاية «۱».

و يدلّ عليه قوله فى المروىّ فى تفسير الإمام المتقدّم ذكره فى المقدّمة: «فإن أقام بيّنة يرضاها و يعرفها أنفذ الحكم على المدّعى عليه» «۲»، و لما مرّ من حكم الحاكم بعلمه مطلقا، بل قد عرفت أنّ من لم يجوّز عمله بعلمه استثنى هذه الصورة.

و لا يلزم عليه حينئذ سؤال المدّعى عليه أنّه: هل لك جرح فيه أو كلام، للأصل.

و هل يجوز له ذلك؟

الظاهر: نعم، لعدم دليل على المنع، فإن قال المدّعى عليه: لا كلام لى، أنفذ الحكم، و إن قال: نعم، سمع دعواه، لكونه دعوى، فيجب سماعها.

و كذا لو ادّعى عليه الجرح من غير سؤال الحاكم، فإن أثبت ما ادّعاه يطرح الشاهدان، و إلّا فيحكم بمقتضى علمه، إذ لم يرد عليه ما يزيله.

و لا حلف له حينئذ على أحد و لو على المدّعى لو أنكر ما ادّعاه من الجرح.

ثمّ يعزّر المدّعى عليه أو يحدّ إن كان جرحه الذى لم يقدر على إثباته

---

(۱) الكفاية: ۲۶۴.

(۲) راجع ص: ۲۰۱.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۲۴۷

ممّا يوجب أحدهما.

و هل يقبل حينئذ قول المدّعى فقط و لو لم يكن عادلا إذا ذكر ما يوجب جرحه، لجهله بأنّه يوجب الجرح، أو لغير ذلك؟

يأتى تحقيقه فى باب الشهادات عند بيان ما يثبت العدالة و الجرح.

و هل معرفة الحاكم الكافية فى المقام: المعرفة العلميّة، أو تكفى الظنيّة بعد كونها معتبرة شرعا، كتزكية العدلين قبل ذلك؟

الظاهر: أنّه لا ينبغى الريب فى الثانى، لأنّ الظنّ المعتبر شرعا قائم مقام العلم.

فرع:

لو بنى الحاكم فيهما بالعدالة الاستصحابيّة و حكم ثمّ ظهر فسقهما حال الحكم ينقض الحكم كما صرّحوا به، لأنّ فقد الشرط يقتضى عدم المشروط، و وجوده العلميّ إنّما يفيد لوجوب الحكم حال العلم و قد حكم، لا لتأثير الحكم بعد الانكشاف.

المسألة السابعة: و إن جهل الحاكم حالهما- من اجتماع الشرائط و عدمه

اشاره

- استكشف عنه بما هو طريق الانكشاف فى كلّ شرط، و قد يكون ممّا يعمل فيه بالأصل، كما يأتى فى موضعه.

و هل يكون إقرار الخصم بالعدالة و باجتماع سائر الشرائط كافيا فى الاستكشاف و مثبتا لوجود الشرط، أم لا؟

فيه خلاف يأتى تحقيقه فى باب الشهادات.

و إن لم ينكشف من قول الخصم و كان محتاجا إلى الاستكشاف طلبه من المدّعى حتى تبين الحال بالبيّنة المقبولة أو نحوها.

و هل يتعيّن ذلك على كشف المدّعى و إقامته البيّنة، حتى لو قال:

لا بيّنة لى على تزكية الشهود- مثلا- أو: لا أعرف شاهدا عليها، أو قال

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۲۴۸

يتعسّر علىّ ذلك، أو قال: لا أفعل، سقطت الشهود و يطرح الحاكم شهادتهما؟

أو طلبه من المدّعى أحد طرق فحص الحاكم، فله الفحص من غير جهة المدّعى، بل عليه ذلك لو لم يفعل المدّعى؟

الظاهر: الثانى، كما يأتى فى باب الشهادات، و يدلّ عليه فعل رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله المروىّ فى تفسير الإمام عليه السّلام «۱».

ثمّ لو أقام المدّعى البيّنة على التزكية، أو استكشف الحاكم من جهة غيره، قالوا: يطلب الحاكم من المنكر الجرح، فإن أرادوا لزومه فلا أرى عليه دليلا إلّا إذا علم جهله باستحقاقه الجرح لو كان، حيث إنّ إهمال ذكره يوجب بطلان حقّه، مع تأمّل فيه أيضا. و إن أرادوا جوازه فهو كذلك.

ثمّ إن اعترف المنكر بعدمه حكم، و إن ادّعاه بعد طلب الحاكم أو بنفسه قبل الطلب يؤمر بإحضار الجارح، فإن أحضره يعمل معه كما يعمل مع بيّنة المدّعى من الردّ و القبول و الاستكشاف.

و إن استنظر و استمهل قالوا: يمهل ثلاثة أيّام، أمّا الإمهال فقالوا: لأنّه مقتضى العدل، و لرواية سلمة المتقدّمة فى المسألة الثالثة «۲».

و فيهما نظر، أمّا الأول فلأنّ العدل يحصل بالحكم ثمّ الاسترداد إن ثبت الجرح بعد ذلك أيضا، بل هو أقرب إلى العدل.

و أمّا الثانى، فلأنّ الظاهر من قوله فى الرواية: «فإن أحضرهم أخذت له بحقّه» أنّ المراد شهود المدّعى المطالب للحقّ، فتأمّل.

---

(۱) الوسائل ۲۷: ۲۳۹ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۶ ح ۱.

(۲) راجع ص: ۲۴۳.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۲۴۹

و أمّا تقديره بثلاثة أيّام فلم أقف على ما يدلّ عليه، و يستشمّ من كلام بعضهم احتمال الإجماع عليه «۱»، و استشهد له بعضهم بالإمهال بذلك القدر فى بعض الأمور الأخر «۲».

و ضعفه ظاهر، و لذا قيل: لو ادّعى أنّ شهودى على الجرح على مسافة لا يصلون إلّا بعد الثلاثة، يمهل الأزيد «۳».

و فيه إشكال، بل فى الثلاثة أيضا، لثبوت العدالة بالبيّنة، و أصالة عدم الجرح، و إمكان التلافى لو أثبته بعد الحكم.

و لو قلنا بالإمهال و طلب المدّعى التكفيل فيما يحتمل الفرار أو الاختفاء أو نحوهما فقبوله هنا أولى منه فى إمهال المدّعى لإحضار البيّنة.

و الظاهر أنّ له ذلك هنا، لثبوت حقّه.

فرع:

لا بأس بتفريق الشهود إذا ارتاب الحاكم بهم أو احتمل غلطهم، للأصل، بل ربّما يستحبّ تأسّيا بالحجج عليهم السّلام.

و قيل: محلّ التفريق قبل الاستزكاء «۴». و لا بأس به، لوجوب الحكم فورا بعده إذا طلب المحكوم له.

المسألة الثامنة: إذا أقام المدّعى البيّنة المستجمعة للشرائط فلا يمين عليه

، بلا خلاف فيه كما فى الكفاية «۵» و غيره «۶»، بل بالإجماع كما عن

---

(۱) كما فى الرياض ۲: ۳۹۷.

(۲) كما فى مفتاح الكرامة ۱۰: ۸۸. قال: و هو مقدر فى بعض المسائل الفقهيّة كما فى خيار الحيوان و خيار التأخير و حبس الغريم على مختار الشيخ ..

(۳) كما فى الرياض ۲: ۳۹۷.

(۴) المسالك ۲: ۳۶۳.

(۵) الكفاية: ۲۶۸.

(۶) كالرياض ۲: ۴۰۱.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۲۵۰

الخلاف «۱»، و به صرّح بعض فضلائنا المعاصرين «۲».

و يدلّ عليه الأصل، و الأخبار المستفيضة المتضمّنة لقوله عليه السّلام: «البيّنة على المدّعى و اليمين على المدّعى عليه» «۳» فإنّ التفصيل قاطع للشركة.

و صحيحة محمّد: عن الرجل يقيم البيّنة على حقّه، هل عليه أن يستحلف؟ قال: «لا» «۴»، و نحوها روايته «۵».

و كذا موثّقة أبى العبّاس «۶»، و موثّقة جميل، و رواية أبى العبّاس، و مرسلة أبان، المتقدّمة جميعا فى المسألة الخامسة من الموضع الأول «۷».

و أمّا قول أمير المؤمنين عليه السّلام لشريح فى رواية سلمة-: «و ردّ اليمين على المدّعى مع بيّنته، فإنّ ذلك أجلى للعمى و أثبت فى القضاء» «۸»- فلا يصلح لمعارضة ما ذكر، لشذوذه، مع أنّه إمّا يحمل على الاستحباب بقرينة نفى الوجوب فى الأخبار الأخر، أو على البيّنة الواحدة، إمّا لعمومها و خصوصيّة ما مرّ، أو للجمع بينها و بين ما مرّ بشهادة ما يدلّ على ضمّ اليمين مع الشاهد الواحد.

---

(۱) الخلاف ۲: ۶۰۰.

(۲) المحقق القمى فى رسالة القضاء (غنائم الأيام): ۶۸۶.

(۳) انظر الوسائل ۲۷: ۲۳۳ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۳.

(۴) التهذيب ۶: ۲۳۰- ۵۵۸، الوسائل ۲۷: ۲۴۳ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۸ ح ۱.

(۵) الكافى ۷: ۴۱۷- ۱، التهذيب ۶: ۲۳۱- ۵۶۴، الوسائل ۲۷: ۲۴۳ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۸ ح ۱.

(۶) التهذيب ۶: ۲۳۰- ۵۵۹، الوسائل ۲۷: ۲۴۳ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۸ ح ۱.

(۷) راجع ص: ۲۲۲.

(۸) الكافی ۷: ۴۱۲- ۱، الفقیه ۳: ۸- ۲۸، التهذیب ۶: ۲۲۵- ۵۴۱، الوسائل ۲۷: ۲۱۱ أبواب آداب القاضی ب ۱ ح ۱.

مستند الشیعة فی أحكام الشریعة، ج۱۷، ص: ۲۵۱

و أمّا مكاتبة الصفّار الصحیحة-: هل تقبل شهادة الوصیّ للمیت بدین له علی رجل مع شاهد آخر عدل؟ فوقّع علیه السّلام: «إذا شهد معه آخر عدل فعلی المدّعی یمین» «۱»- فلا تنافی ما مرّ، لأنّها محمولة علی عدم قبول شهادة الوصیّ.

ثمَّ إنّ ما ذكرنا إنّما هو علی الأصل، و قد یستثنی منه بعض المواضع بالدلیل، و اللّه الهادی إلی سواء السبیل.

المسألة التاسعة: لو قال المدّعی بعد إقامة الشهود: كذبت شهودی، بطلت الشهود

، فلا تسمع شهادتهم فی حقّه، و لكن لا تبطل دعواه، كذا قالوا.

و الوجه فیه: أنّ الكذب علی المشهور و إن كان مخالفة الواقع- و علیه فیكون التكذیب إقرارا علی انتفاء الحقّ- و لكنّ الظاهر المتفاهم منه فی العرف أنّه مخالفة الاعتقاد، و لا أقل من احتمال ذلك، فلا تسقط الدعوی به.

و لا فرق فی ذلك بین ما إذا كان التكذیب قبل الحكم أو بعده، إذ بعد الحكم ینكشف بطلان المستند، لأنّ إقرار صاحب الحقّ دلیل شرعی.

---

(۱) الكافی ۷: ۳۹۴- ۳، الفقیه ۳: ۴۳- ۱۴۷، التهذیب ۶: ۲۴۷- ۶۲۶، الوسائل ۲۷: ۳۷۱ أبواب الشهادات ب ۲۸ ح ۱.

مستند الشیعة فی أحكام الشریعة، ج۱۷، ص: ۲۵۲

الموضع الثالث فیما یحكم فیه بالبیّنة و الیمین معا

اشارة

و هو ما یستثنی من القاعدة المتقدّمة من عدم تعلّق الیمین بالمدّعی، و یخرج عن تحت ذلك الأصل بدلیل.

و فیه مسألتان:

المسألة الأولی: ممّا استثنی من القاعدة: الدعوی علی المیّت

اشارة

، فإنّ المدّعی إذا أقام البیّنة یستحلف معها علی بقاء الحقّ فی ذمّة المیّت استظهارا، علی المعروف من مذهب الأصحاب كما فی الكفایة، بل لا مخالف یظهر منهم كما فیه أیضا «۱»، بل بلا خلاف مطلقا كما فی المفاتیح «۲» و شرحه و غیرهما «۳»، بل بالإجماع كما فی المسالك و الروضة و شرح الشرائع للصیمری «۴»، بل بالإجماع المحقّق.

له، و لروایة البصری المتقدّم صدرها: «و إن كان المطلوب بالحقّ قد مات، فأقیمت البیّنة علیه، فعلی المدّعی الیمین باللّه الذی لا إله إلّا هو: لقد مات فلان و أنّ حقّه لعلیه، فإن حلف و إلّا فلا حقّ له، لأنّا لا ندری لعلّه قد أوفاه ببیّنة لا نعلم موضعها، أو بغیر بیّنة قبل الموت، فمن ثمَّ صارت علیه

---

(۱) الكفایة: ۲۶۸.

(٢) المفاتيح ٣: ٢٥٨.

(٣) كالرياض ٢: ٤٠١.

(٤) المسالك ٢: ٣۶٩ و ٣٧٠، الروضة ٣: ١٠۴.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٢٥٣

اليمين مع البيّنة، فإن ادّعى و لا بيّنة له فلا حقّ له، لأنّ المدّعى عليه ليس بحيّ، و لو كان حيّا لألزم اليمين، أو الحقّ، أو يردّ اليمين، فمن ثمّ لم يثبت له حق» «١».

و تجويز إرادة البيّنة الواحدة و كون اليمين يمين جزء البيّنة خلاف الظاهر، بل يأباه التعليل.

و الإيراد بأنّ اليمين على الوجه المغلّظ المذكور فيها ليست بواجبة إجماعا، فلا يكون قوله: «فعلى المدّعى» للإيجاب، فلا يثبت المطلوب.

مردود بأنّه لا دلالة فيها على إرادة الإتيان باليمين على هذا الوجه، بل يجوز أن يكون توصيفه عليه السّلام تعظيما للّه لا لأجل ذكره فى اليمين.

و مكاتبة الصفّار الصحيحة المتقدّم صدرها أيضا: أو تقبل شهادة الوصيّ على الميت بدين مع شاهد آخر عدل؟ فوقّع: «نعم، من بعد يمين» «٢».

فروع:

أ: هل يختصّ ذلك الحكم بالميّت، أو يتعدّى إلى ما يشاركه فى المعنى،

كالطفل و المجنون و الغائب؟

الأكثر- كما فى المسالك و شرح الصيمرى و الكفاية و شرح المفاتيح و المعتمد «٣» و غيرها «۴»- إلى التعدّى، و هو مذهب الفاضل فى جملة من

---

(١) الكافى ٧: ٤١٥- ١، الفقيه ٣: ٣٨- ١٢٨، التهذيب ۶: ٢٢٩- ٥٥٥، الوسائل ٢٧: ٢٣۶ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۴ ح ١، بتفاوت يسير.

(٢) الكافى ٧: ٣٩۴- ٣، الفقيه ٣: ۴٣- ١۴٧، التهذيب ۶: ٢۴٧- ۶٢۶، الوسائل ٢٧:

٣٧١ أبواب الشهادات ب ٢٨ ح ١، و فى غير الفقيه من المصادر لا توجد لفظة «بدين».

(٣) المسالك ٢: ٣٧٠، الكفاية: ٢۶٨.

(۴) كمفتاح الكرامة ١٠: ٩٣، و الرياض ٢: ۴٠١.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٢٥۴

كتبه، منها التحرير «١»، و والدى العلّامة فى المعتمد، للعلّة المنصوصة، أو اتّحاد طريق المسألتين، لا من باب القياس الممنوع.

و فيه: أنّ إحدى العلّتين المنصوصتين هى كون المدّعى عليه ليس بحيّ، و اختصاصها بالميّت ظاهر، مع أنّها علّة لانتفاء الحقّ مع عدم البيّنة لا لثبوت اليمين.

و الأخرى: «لأنّا لا ندرى لعلّه قد أوفاه ببيّنة لا نعلم موضعها» و هى أيضا مختصّة به، لقوله بعد ذلك: «قبل الموت».

مع عدم إمكان تحقّق الإيفاء من الطفل، و معارضته فى الغائب مع مرسلة جميل: «الغائب يقضى عليه إذا قامت عليه البيّنة، و يباع ماله و

يقضى عنه دينه و هو غائب» «۲».

و على هـذا، فكما يحتمل كون العلّة عدم الوصول إلى العلم بالحال بالفعل، يمكن أن يكون عدم إمكان الوصول بعد ذلك، فيختصّ بالميّت، فلا يمكن الاعتماد بذلك التعليل فى غير مورد النصّ.

و بما ذكر يظهر حال اتّحاد الطريق، مع أنّ مورد النصّ- و هو الميّت- أقوى من الفرع.

و الاستدلال بصدر صحيحة الصفّار المتقدّمة قبل ذلك- بحمل الرجل على الغائب، أو تعميمه و إخراج غير المذكورين بالدليل- خلاف الظاهر، و موجب للتخصيص الغير الجائز، و هو إخراج الأكثر، مع احتمال كون ضمّ اليمين فيها لعدم قبول شهادة الوصىّ كما مرّ، و لذا ذهب المحقّق «۳»

(۱) القواعد ۲: ۲۱۰، التحرير ۲: ۱۸۷.

(۲) التهذيب ۶: ۲۹۶- ۸۲۷، الوسائل ۲۷: ۲۹۴ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۲۶ ح ۱.

(۳) الشرائع ۴: ۸۵.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۲۵۵

و جماعة- و منهم أكثر متأخّرى المتأخّرين «۱»- إلى العدم، و هو الأقوى.

ب: لمّا كان الحكم المذكور- أى ضمّ اليمين مع البيّنة- مخالفا للأصل يجب الاقتصار فيه على المتيقّن،

و هو ما إذا كانت الدعوى على الميّت دينا، فلو كانت عينا فى يده بعارية أو غصب أو نحوهما دفعت إليه مع البيّنة من غير يمين، كما صرّح به جماعة، منهم: القواعد و المسالك و التنقيح «۲»، لاختصاص النصّ بالدين، أمّا الصحيحة فلتصريحها بلفظ: الدين، و أمّا الرواية فلظهورها فيه أيضا، لمكان لفظ: «الحقّ» و: «لعليه» و: «أوفاه».

نعم، صحيحة الصفّار مطلقة على ما نقلها فى الكفاية، حيث لم يذكر فيه لفظ: بدين، و لذا استشكل فى المسألة لذلك الإطلاق «۳»، و لكنّ النسخ المصحّحة التى كانت عندنا كلّها مشتملة على لفظ: بدين، و على هذا فلا إشكال فى المسألة و لو كان بمجرّد اختلاف النسخ.

و أمّا ما قيل من أنّ النصّ و إن كان مخصوصا بالدين إلّا أنّ مقتضى التعليل المنصوص- و هو الاستظهار- العموم «۴».

ففيه: أنّ العلّة هى احتمال الإيفاء، و هو فى العين التى بيده غير جار، بل الجارى فيها النقل بالبيع و نحوه. و غير ذلك من التعليل مستنبط لا يعبأ به.

و لو لم توجد العين المدّعى بها فى التركة و حكم بضمانها على الميّت للمالك ففى إلحاقها بالعين- نظرا إلى الأصل- أو بالدين- لانتقالها إلى الذمّة-

(۱) كالشهيد الثانى فى الروضة ۳: ۱۰۵، و المسالك ۲: ۳۷۰، و الفاضل السبزوارى فى الكفاية: ۲۶۹، و صاحب الرياض ۲: ۴۰۱.

(۲) القواعد ۲: ۲۱۰، المسالك ۲: ۳۷۰، التنقيح ۴: ۲۵۶.

(۳) الكفاية: ۲۶۸.

(۴) انظر الرياض ۲: ۴۰۱.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۲۵۶

وجهان، أظهرهما: الثانى، لصيرورتها دينا بعد الفقدان، فتشملها الأخبار.

نعم، لو فقدت بعد الموت أو لم يعلم أنّها فقدت حال الحياة أو بعدها فحكم المدّعى به حكم العين، لعدم معلوميّة الانتقال إلى ذمّة الميّت.

ج: لو أقرّ له قبل الموت بمدّة لا يمكن فيها الاستيفاء عادة،

بل قد يعلم عدمه- كما إذا أقرّ عند جماعة و مات بعد الإقرار بحضورهم من غير غيبة لهم- ففى وجوب ضمّ اليمين إلى البيّنة وجهان. رجّح فى المسالك و الكفاية و المعتمد العدم «۱»، لعدم جريان التعليل المذكور فى الخبر هنا.

و فيه: أنّ التعليل لا- يوجب تخصيص الإطلاق، لأنّ العلل الشرعية معرّفات لا ينتفى المعلول بانتفائها، فإنّه قد يكون وجود العلّة فى بعض الأفراد علّة للحكم فى الجميع، مع أنّ التعليل- كما قيل «۲»- يمكن أن يكون من باب إبداء النكتة و التمثيل، فإنّ احتمال الإبراء أيضا قائم، و كذا احتمال نسيان المقرّ للإيفاء و تذكّره لو كان حيّا حين الدعوى.

و لذا قوّى بعض فضلائنا المعاصرين «۳» الضمّ، لإطلاق النصّ.

و هو حسن، إلّا أنّ فيه: أنّ النصّ معارض بأخبار أخر واردة فى إقرار المريض، و فى الوصيّة بالدين:

كصحيحة منصور: عن رجل أوصى لبعض ورثته أنّ له عليه دينا، فقال: «إن كان الميّت مرضيّا فأعطه الذى أوصى له» «۴».

---

(۱) المسالك ۲: ۳۷۰، الكفاية: ۲۶۹.

(۲) قاله فى غنائم الأيام: ۶۸۷.

(۳) المحقق القمى فى غنائم الأيام: ۶۸۷.

(۴) الكافى ۷: ۴۱- ۲، الفقيه ۴: ۱۷۰- ۵۹۴، التهذيب ۹: ۱۵۹- ۶۵۶، الاستبصار ۴: ۱۱۱- ۴۲۶، الوسائل ۱۹: ۲۹۱ أبواب أحكام الوصايا ب ۱۶ ح ۱ و ج ۲۳:

۱۸۳ أبواب الإقرار ب ۱ ح ۱، بتفاوت يسير.

و صحيحة أبى ولّاد: عن رجل مريض أقرّ عند الموت لوارث بدين له عليه، قال: «يجوز ذلك» «۱».

و رواية السكونى: فى رجل أقرّ عند موته لفلان و فلان لأحدهما عندى ألف درهم، ثمّ مات على تلك الحال، فقال: «أيّهما أقام البيّنة فله المال، و إن لم يقم واحد منهما البيّنة فالمال بينهما نصفان» «۲».

و مكاتبة الصهبانى: امرأة أوصت إلى رجل و أقرّت له بدين ثمانية آلاف درهم- إلى أن قال- فكتب عليه السّلام بخطّه: «إن كان الدين صحيحا معروفا مفهوما فيخرج الدين من رأس المال» «۳» إلى غير ذلك «۴».

فإنّ هذه الأخبار شاملة لصورة عدم حلف المقرّ له أيضا، فتعارض ما مرّ بالعموم من وجه، و إذ لا ترجيح فيرجع إلى القاعدة المتقدّمة المكتفية للمدّعى بالبيّنة، و هو الأصحّ، بل مقتضاها عدم اشتراط عدم إمكان الاستيفاء أيضا، بل يكون الحكم ذلك إذا أقرّ عند الموت أو أوصى بالوفاء عند الموت. إلّا أنّ الظاهر أنّ ذلك مختصّ بإقرار الميّت، فلو شهد شاهدان بانتقال شيء إليه قبل موته بمدّة لا يمكن الاستيفاء يجب ضمّ اليمين، لاختصاص النصّ بالإقرار، و ألحقها والدى رحمه اللّه بالإقرار أيضا.

---

(۱) الكافى ۷: ۴۲- ۵، التهذيب ۹: ۱۶۰- ۶۶۰، الاستبصار ۴: ۱۱۲- ۴۳۰، الوسائل ۱۹: ۲۹۲ أبواب أحكام الوصايا ب ۱۶ ح ۴.

(۲) الكافى ۷: ۵۸- ۵، الفقيه ۴: ۱۷۴- ۶۱۰، التهذيب ۹: ۱۶۲- ۶۶۶، الوسائل ۲۳: ۱۸۳ أبواب الإقرار ب ۲ ح ۱.

(۳) التهذيب ۹: ۱۶۱- ۶۶۴، الاستبصار ۴: ۱۱۳- ۴۳۳، الوسائل ۱۹: ۲۹۴ أبواب أحكام الوصايا ب ۱۶ ح ۱۰.

(۴) انظر الوسائل ١٩: ٢٩١ أبواب أحكام الوصايا ب ١۶.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٢۵٨

و هل تلحق به شهادة البيّنة ببقاء الحقّ إن قبلناها؟

قال والدى رحمه اللّه: نعم. و الأظهر العدم، لشمول دليل اليمين و علّتها له أيضا.

د: هل يختصّ ضمّ اليمين بما إذا كان الثبوت بالبيّنة- كما هو مورد النصّ

- أو يضمّ لو كان الثبوت بعلم الحاكم بالقضيّة أيضا و حكم بها؟

قيل: و لا يبعد ترجيح الضمّ «١». و هو كذلك، للعلّة المنصوصة.

و ليس ذلك من قبيل الدعوى على غير الميّت، لاختصاص العلّة بالميّت، و لكنّها غير مختصّة بالبيّنة و إن كان المعلول مخصوصا. و احتمال الإبراء أو مقاصّة الميّت لدين له أو غير ذلك قائم هنا أيضا.

و قيل: نعم، لو فرض انتفاء جميع الاحتمالات رأسا عند الحاكم لاتّجه عدم ضمّ اليمين «٢».

أقول:

بل يكفى فى عدم الضمّ حينئذ انتفاء احتمال الإيفاء خاصّة عن الحاكم، لأنّ المورد خاصّ بالإثبات بالبيّنة و التعليل باحتمال الإيفاء، فإذا انتفيا معا فلا وجه للضمّ حينئذ.

و جعل التعليل تمثيلا- أى جعله من باب ذكر فرد من أمثلة الاحتمالات و السكوت عن الباقى- إنّما يحسن مع شمول المورد، و أمّا بدونه فلا فائدة له.

و إن أريد من التمثيل ذكر فرد و إرادة كلّ ما هو مثله فلا وجه له أصلا، فعدم الضمّ حينئذ أقوى، فيختصّ عدم الضمّ بما إذا كان الإثبات بعلم الحاكم لا من جهة البيّنة خاصّة حتى لا يشمله إطلاق المورد و علم الحاكم

---

(١) غنائم الأيام: ۶٨٧.

(٢) غنائم الأيام: ۶٨٧.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٢۵٩

عدم الإيفاء حتى لا يشمله التعليل، و ذلك يتحقّق بإقرار الميّت عند الحاكم فى زمان لا يحتمل الإيفاء بعده، و قد يعلم عدم الإيفاء بالقرائن الخارجيّة.

و الظاهر أنّ فى حكم الحاكم أيضا غيره ممّن بيده مال للميّت و علم بالواقعة و بعدم الإيفاء فله تسليمه للمدّعى من غير يمين.

ه: لو علم المدّعى ببقاء حقّه على الميّت

له المقاصّة، و لا يمين عليه حينئذ.

و: اليمين المتوجّهة إلى المدّعى حينئذ يمين واحدة،

سواء كان الوارث واحدا أو متعدّدا، فلا يكلّف الحلف لكلّ وارث يمينا على حدة، قصرا للحكم المخالف للقاعدة على القدر المتيقّن، و لأنّه دعوى واحدة على مال الميّت.

ز: لو كان للمدّعى شاهد واحد و حلف يمينا لجزء البيّنة،

فهل يحتاج إلى يمين اخرى للاستظهار، أم لا؟

صرّح فى الإرشاد بعدمه، و علّل بأنّ الشاهد و اليمين حجّة بنفسه، فلا يحتاج إلى ضمّ شىء آخر.

و بأنّه غير مورد النصّ، لأنّه ما إذا ثبت الحكم بالبيّنة.

و بأنّه لا فائدة فى تكرار اليمين.

و الأول معارض بالشاهدين.

و الثانى مردود بعموم التعليل.

و الثالث بالفرق بين اليمينين، فإنّ الأولى على حصول الاشتغال، و الثانية على بقاء الحقّ.

نعم، لو حلف أولا بما يفيد البقاء أيضا- أى على الوجه المذكور فى

الرواية «١»- يمكن الاكتفاء بها، لعدم الفائدة، و عدم شمولها للعلّة المذكورة، و إفادتها لها حينئذ.

ح: لو أقام البيّنة ففقد الحاكم أو غاب قبل الحلف لا يثبت له حقّ.

و احتمال أن يكون له أن يأخذ حقّه و يقول: أنا باذل اليمين فاحلفنى على الوجه الشرعى، لا وجه له.

ط: قال المحقّق الأردبيلى: لا يسقط اليمين بإسقاط بعض الحقّ،

فلا يمكن أن يسقط من مال الطفل شىء لليمين، فيعطى الباقى بغير يمين، لأنّ الثبوت موقوف عليها، و قد صرّح فى الرواية: بأنّه إذا لم يحلف لا حقّ له. كما لا يمكن إسقاط شاهد واحد بإسقاط البعض.

نعم، إذا كان الوارث ممّن يصحّ صلحه ينبغى المصالحة، و كذا مع الولىّ وصيّا أو حاكما بإسقاط البعض بإسقاط اليمين، فإنّه أصلح من الإحلاف و إعطاء جميع الحقّ، و الولىّ لا يترك مصلحته. انتهى.

أقول: ما ذكره- من عدم تبعيض الحقّ بتبعيض الحجّة، و عدم ثبوت شىء إلّا بتمام الحجّة- صحيح ظاهر.

و كذا ما ذكره من جواز إسقاط الولىّ بعض الحقّ بإسقاط اليمين إذا رأى فى ذلك المصلحة، و هو إنّما يكون إذا قطع- بل أو ظنّ- أنّ المدّعى يحلف و يأخذ الجميع، فإنّ له حينئذ إسقاط بعض الحقّ بإسقاط اليمين، أو المصالحة ببعض الحقّ، لأنّ له أن يفعل للمولّى عليه ما يرى مصلحة له.

كما تدلّ عليه صحيحة ابن رئاب، حيث قال فى آخرها: «فليس لهم» أى للصغار «أن يرجعوا فيما صنع القيّم لهم، الناظر لهم فيما يصلحهم» «٢».

---

(١) المتقدمة فى ص: ٢٥٢ و ٢٥٣.

(٢) الكافى ٧: ٦٧- ٢، الفقيه ۴: ١۶١- ۵۶۴، التهذيب ٩: ٢٣٩- ٩٢٨، الوسائل ١٩: ۴٢١ أبواب أحكام الوصايا ب ٨٨ ح ١، بتفاوت يسير.

و صحيحة ابن سنان: فى قول اللّه عزّ و جلّ فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ «١» قال: «المعروف هو القوت، و إنّما عنى الوصىّ أو القيّم فى أموالهم و

ما يصلحهم» «۲».

و صحيحته الأخرى، و فى آخرها: «فليأكل بالمعروف الوصىّ لهم و القيّم فى أموالهم ما يصلحهم» «۳».

و لو علم عدم إتيان المدّعى بالحلف أو ظنّ ذلك- بل و لو احتمله- لا يجوز له إعطاء البعض، لعدم تحقّق المصلحة.

ى: قيل: لو ادّعى وارث زيد على وارث عمرو بشغل ذمّة عمرو بحقّ زيد و أقام البيّنة،

فهل يكون تحت النصّ، و حينئذ يحلف المدّعى على نفى العلم باستيفاء مورّثه أو الإبراء، أو على البتّ، إذ الاستيفاء و الإبراء من المدّعى أيضا متصوّر، لأنّه بعد مورّثه صاحب الحقّ؟

لم أجد فيه تصريحا، و الظاهر دخوله تحت الرواية، لكون الدعوى على الميّت، و وجود العلّة المنصوصة، بل هى هنا أغلظ.

و فى كيفيّة الحلف هنا ظنّى أنّه لو قلنا بالحلف على نفى العلم ببراءة ذمّة عمرو من هذا الحقّ مطلقا لكان له وجه. انتهى.

قال والدى رحمه اللّه فى المعتمد أيضا بضمّ يمين نفى العلم، إلّا مع اعتراف وارث الميّت بعدم علم المدّعى، فيسقط اليمين حينئذ. انتهى.

أقول:

و لا شكّ فى دخول هذه الصورة أيضا تحت الرواية موضوعا

---

(۱) النساء: ۶.

(۲) الكافى ۵: ۱۳۰- ۳، التهذيب ۶: ۳۴۰- ۹۵۰، الوسائل ۱۷: ۲۵۰ أبواب ما يكتسب به ب ۷۲ ح ۱.

(۳) التهذيب ۹: ۲۴۴- ۹۴۹.

و تعليلا، و لكن القول بيمين نفى العلم ليس له وجه أصلا، لأنّها ليست من اليمين التى ذكرها فى الرواية، و لا يدلّ عليها دليل آخر، و إنّما هى تثبت فى كلّ موضع ادّعى أحد على غيره علما مثبتا لحقّ عليه، أو نافيا لحقّ منه على غيره لو لا ذلك العلم لثبت، فتشمله أدلّة ثبوت اليمين على المدّعى عليه.

و لم يفرض هنا ادّعاء علم على وارث الطالب بالحقّ، و لو فرض لم يكن علمه على نفيه مثبتا لحقّ عليه، و لا نافيا من الغير له حقّا لو لا ذلك العلم لثبت، إذ الكلام بعد فى ذلك، و النزاع فى اشتراط العلم ببقاء الحقّ و اليمين عليه، لا عدم العلم بعدم البقاء.

و التحقيق: أنّه- كما ذكره هذا القائل- صار صاحب الحقّ و طالبه حينئذ وارث زيد، فإن علم هو بالبقاء يحلف عليه على النحو المذكور فى الرواية و يأخذ الحقّ، و إلّا فلا- حقّ له- كما نصّ به فى الرواية- كما كان مورّثه أيضا كذلك، و لم يتحقّق سبب لصيرورة الوارث أقوى من المورّث.

و لا يتوهّم أنّ الأحكام مشروطة بالإمكان، معلّقة عليه، فإذا لم يمكن منهم «۱» ينتفى الحكم، و لمّا لم يمكن للوارث الحلف على البتّ فينفى عنه الحلف رأسا لا بالبتّ و لا بنفى العلم، و يكون ذلك خارجا عن تحت الرواية مندرجا فى أصل القاعدة.

لأنّ ذلك إنّما يتمّ فى التكليفيّات دون الوضعيّات، فلو كان إثبات الحلف فى المورد من باب التكليف لكان ذلك، و لكن هو وضع لإثبات الحقّ، فهو سبب له، فغايته أنّ حال عدم الإمكان لا يتحقّق المسبّب، لا أن يخرج الموضوع عن تحت الرواية.

---

(۱) ليست فى «ق».

فإنّه إذا قال الشارع: كلّ من نجس ثوبه يجب عليه غسله، يحكم بخروج من لا يتمكّن من غسله لعدم الماء عن تحت الموضع، و ليس هذا الحكم له، لكونه تكليفيّا.

بخلاف ما لو قال: كلّ من نجس ثوبه فتطهيره إنّما هو بالغسل، فإذا لم يغسل لم يطهر، فإذا لم يمكن الغسل نقول بعدم تحقّق الطهارة، لا أنّ عدم الإمكان يصير سببا لخروج غير المتمكّن عن تحت العموم و تطهر ثوبه بعدم إمكان الغسل.

و لذا لو كان زيد حيّا و طلب الحقّ بنفسه و لكن ادّعى ظنّ البقاء أو احتماله لا يثبت له الحقّ بدون الحلف، لأجل عدم إمكان الحلف له.

ثمَّ على ما ذكرنا لو تعدّد الوارث يحلف كلّ على بقاء قدر حصّته، و لو حلف بعضهم دون بعض ثبت سهم الأول و سقط سهم الثانى، و لو كان فيهم صغير أو مجنون أو غائب يظهر حكمه فى الفرع الآتى.

يا: لو كان المدّعى على الميّت وليّا أو وصيّا تكفيه البيّنة،

و لا يتوقّف الثبوت على اليمين، للقاعدة المتقدّمة، و عدم اندراجه تحت موضوع الرواية، لاختصاصه بمدّعى حقّ نفسه، لقوله: «و أنّ حقّه» و قوله: «فلا حقّ له».

و لا يفيد عموم العلّة هنا، لأنّها تعليل لقوله: «فعلى المدّعى» إلى آخره، لا لقوله: «فلا حقّ له» خاصّة، بقرينة قوله: «فمن ثمَّ صارت عليه اليمين» فيكون المعنى: و إن كان المطلوب ميّتا فقبول بيّنة الطالب معلّق على اليمين، للعلّة المذكورة.

و لمّا لم يكن التعليق فيما إذا كان المدّعى وليّا أو وصيّا فيحتمل أمران، أحدهما: انتفاء التعليق، و الآخر: انتفاء المعلّق عليه، فلا يمكن تعيين

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٢٦٤

أحدهما و يجىء الإجمال «١»، فيرجع إلى القاعدة، لعدم ثبوت المخرج عنها.

و لا يرد مثل ذلك فى الوارث، لأنّه داخل فى موضوع الرواية، و لأجله يثبت الحكم له لو لا العلّة أيضا، بخلاف ما هو خارج عنه، فإنّ ثبوت الحكم فيه إنّما هو لأجل عموم العلّة، و العلّة لمّا كانت للتعليق فلا يعلم أنّ مع عدم إمكان المعلّق هل ينتفى الحكم أو التعليق.

و لنوضّح ذلك بمثال: إذا قال الشارع: جواز شراء جلد الميتة مشروط بالدباغة، فإن دبغ و إلّا فلا يجوز. و علّة اشتراطه بالدباغة أنّه نجس، فيحكم فى كلّ جلد ميتة بعدم الجواز بدون الدبغ و إن كان ممّا لا يمكن دبغه، لعموم قوله:

و إلّا فلا يجوز. و لكن لا يمكن إثبات الحكم بعموم التعليل للدبس النجس، فإنّه غير قابل لذلك الاشتراط، فيمكن أن يكون الحكم فيه عدم الجواز أيضا، و أن يكون عدم الاشتراط. و لو كان يقول: و علّة عدم جواز البيع أنّه نجس، لعمّ الدبس أيضا.

بل يظهر ممّا ذكرنا أنّه يمكن منع عموم العلّة بالنسبة إلى مثل الولىّ أيضا، لأنّ بعد كون التعليل للاشتراط باليمين- كما هو فى الرواية- يكون معنى التعليل هكذا: ثبوت الحقّ مشروط باليمين، لأنّا لا ندرى لعلّه أوفاه ببيّنة، و كلّ ما لا ندرى فيه ذلك يشترط ثبوت الحقّ فيه باليمين.

و المتبادر الظاهر من هذا الكلام أنّ كلّ ما يمكن فيه اليمين مشروط بذلك لا مطلقا، كما إذا علّل اشتراط دباغة الجلد بأنّه نجس، فإنّه فى قوّة:

أنّ كلّ ما نجس يشترط جواز شرائه بالدباغة، فإنّه يفهم كلّ أحد فيه اختصاصه بما يقبل الدبغ.

بخلاف ما لو علّل عدم جواز الشراء مطلقا بالنجاسة، بل صرّح الفاضل فى

---

(١) فى «ح»: الاحتمال ..

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۲۶۵

التحرير- فى بحث الحكم على الغائب، حيث جعله كالميّت، و أوجب اليمين فيه أيضا- بأنّه: لو ادّعى وكيل شخص على الغائب فلا يمين و يسلّم الحقّ «۱».

و الظاهر أنّ مراده: ما إذا لم يكن الموكّل حاضرا يمكن إحلافه.

فإن قيل:

صحيحة الصفّار «۲» مطلقة شاملة للمورد أيضا.

قلنا

: نعم، و لكن دلالتها- على عدم قبول شهادة الوصيّ مع شاهد آخر بدون اليمين- إنّما هى بمفهوم لم تثبت حجّيته.

و إنّما أطنبنا الكلام فى المقام لأنّ الفرع من الفروع المهمّة، و لم أعثر على من تعرّض له بنفى أو إثبات إلّا ما نقلناه عن التحرير.

المسألة الثانية: و ممّا استثنى أيضا من القاعدة: ما إذا كان للمدّعى شاهد واحد

اشاره

، فإنّه يحلف لأجل الشاهد الآخر، فيحكم له.

و الحكم بالشاهد الواحد و اليمين فى الجملة ممّا لا خلاف فيه بين أصحابنا و أكثر العامّة، كما فى الكفاية «۳»، و نقل عليه الإجماع جماعة «۴»، بل هو إجماع محقّق، فهو الدليل عليه، مضافا إلى المستفيضة من الصحاح و غيرها:

كصحيحة منصور: «كان رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله يقضى بشاهد واحد مع يمين صاحب الحقّ» «۵»، و نحوها موثّقة البصرى «۶».

---

(۱) التحرير ۲: ۱۸۷.

(۲) المتقدّمة فى ص: ۲۵۱ و ۲۵۳.

(۳) الكفاية: ۲۷۲.

(۴) منهم الحلّى فى السرائر ۲: ۱۴۰، الشهيد الثانى فى المسالك ۲: ۳۷۵، صاحب الرياض ۲: ۴۰۶.

(۵) الكافى ۷: ۳۸۵- ۴، التهذيب ۶: ۲۷۲- ۷۴۱، الاستبصار ۳: ۳۳- ۱۱۳، الوسائل ۲۷: ۲۶۴ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۱۴ ح ۲.

(۶) التهذيب ۶: ۲۷۳- ۷۴۳، الاستبصار ۳: ۳۳- ۱۱۴، الوسائل ۲۷: ۲۶۷ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۱۴ ح ۸.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۲۶۶

و صحيحة حمّاد بن عيسى: «إنّ رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله قضى بشاهد و يمين» «۱».

و مرسلة الفقيه: قضى رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله بشهادة شاهد و يمين المدّعى، و قال صلّى اللّه عليه و آله: «نزل علىّ جبرئيل بشهادة شاهد و يمين صاحب الحقّ» و حكم به أمير المؤمنين عليه السّلام بالعراق «۲».

و صحيحة البجلى: دخل الحكم بين عتيبة و سلمة بن كهيل على أبى جعفر عليه السّلام، فسألاه عن شاهد و يمين، فقال: قضى به رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله، و قضى به علىّ عليه السّلام عندكم بالكوفة» «۳».

و صحيحة محمّد: «لو كان الأمر إلينا لأجزنا شهادة الرجل الواحد إذا علم منه خير مع يمين الخصم فى حقوق الناس، فأمّا ما كان من حقوق اللّه و رؤية الهلال فلا» «۴».

و صحيحة حمّاد بن عثمان: «كان علىّ عليه السّلام يجيز فى الدّين شهادة رجل و يمين المدّعى» «۵».

و صحيحة أخرى لمحمّد: «كان رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله يجيز فى الدين

---

(۱) الكافى ۷: ۳۸۵- ۲، التهذيب ۶: ۲۷۵- ۷۴۸، الاستبصار ۳: ۳۳- ۱۱۲، الوسائل ۲۷: ۲۶۵ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۱۴ ح ۴.

(۲) الفقيه ۳: ۳۳- ۱۰۳، الوسائل ۲۷: ۲۶۹ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۱۴ ح ۱۴، و فيه: بتفاوت يسير.

(۳) الكافى ۷: ۳۸۵- ۵، التهذيب ۶: ۲۷۳- ۷۴۷، الاستبصار ۳: ۳۴- ۱۱۷ و فيه:

دخل الحكم بن عيينة، الوسائل ۲۷: ۲۶۵ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۱۴ ح ۶.

(۴) الفقيه ۳: ۳۳- ۱۰۴، التهذيب ۶: ۲۷۳- ۷۴۶، الاستبصار ۳: ۳۳- ۱۱۶، الوسائل ۲۷: ۲۶۸ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۱۴ ح ۱۲، بتفاوت.

(۵) الكافى ۷: ۳۸۵- ۱، التهذيب ۶: ۲۷۵- ۷۴۹، الاستبصار ۳: ۳۳- ۱۱۱، الوسائل ۲۷: ۲۶۵ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۱۴ ح ۳.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۲۶۷

شهادة رجل واحد و يمين صاحب الدّين، و لم يكن يجيز فى الهلال إلّا شاهدى عدل» «۱».

و موثّقة أبى بصير: عن الرجل يكون له عند الرجل الحقّ و له شاهد واحد، قال: فقال: «كان رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله يقضى بشاهد واحد و يمين صاحب الحقّ، و ذلك فى الدين» «۲».

و رواية القاسم بن سليمان: «قضى رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله بشهادة رجل مع يمين الطالب فى الدين وحده» «۳».

و رواية داود بن الحصين، و هى طويلة، و فى آخرها: «و لا يجيز فى الطلاق إلّا شاهدين عدلين» قلت: [فأنّى] ذكر اللّه تعالى قوله فَرَجُلٌ وَ امْرَأَتانِ «۴»؟ قال: «ذلك فى الدين، إذا لم يكن رجلان فرجل و امرأتان، و رجل واحد و يمين المدّعى إذا لم تكن امرأتان، قضى بذلك رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و أمير المؤمنين عليه السّلام [بعده] عندكم» «۵».

و صحيحة الحلبى: «إنّ رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله أجاز شهادة النساء مع يمين

---

(۱) الكافى ۷: ۳۸۶- ۸، التهذيب ۶: ۲۷۲- ۷۴۰، الاستبصار ۳: ۳۲- ۱۰۸، الوسائل ۲۷: ۲۶۴ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۱۴ ح ۱، بتفاوت يسير.

(۲) الكافى ۷: ۳۸۵- ۳، التهذيب ۶: ۲۷۲- ۷۴۲، الاستبصار ۳: ۳۲- ۱۰۹، الوسائل ۲۷: ۲۶۵ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۱۴ ح ۵.

(۳) التهذيب ۶: ۲۷۳- ۷۴۵، الاستبصار ۳: ۳۲- ۱۱۰، الوسائل ۲۷: ۲۶۸ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۱۴ ح ۱۰.

(۴) البقرة: ۲۸۲.

(۵) التهذيب ۶: ۲۸۱- ۷۷۴، الاستبصار ۳: ۲۶- ۸۱، الوسائل ۲۷: ۳۶۰ أبواب الشهادات ب ۲۴ ح ۳۵، و فى «ح» و «ق»: قلت: فان ... و أمير المؤمنين عليهم السّلام عندكم، و ما أثبتناه من المصادر.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۲۶۸

الطالب فى الدين، يحلف باللّه أنّ حقّه لحقّ» «۱» و قريبة منها مرسلته «۲».

و موثّقة منصور: «إذا شهد لطالب الحقّ امرأتان و يمينه فهو جائز» «۳»، و غير ذلك من الأخبار «۴».

ثمّ مقتضى الأصل الثابت بالقاعدة المذكورة- و اختصاص النصوص كلّها بما يختصّ بحقوق الناس، لأنّها إمّا متضمّنة للفظ: «صاحب

الحقّ» أو:

«الدين» أو ما يخلو عن مثله، كصحيحتى حمّاد بن عيسى و البجلى، فوارد بلفظ: «قضى» و هو غير مفيد لعموم أو إطلاق، لأنّه قضية فى واقعة- اختصاص الثبوت بها بحقوق الناس دون حقوق اللّه، كما عليه الإجماع انعقد أيضا.

و تدلّ عليه صريحا صحيحة محمّد المتقدّمة، فلا ريب فى ذلك الاختصاص أصلا.

و هل يختصّ من حقوق الناس بالأموال، كالقرض و الغصب، و ما يقصد منه المال، كعقود المعاوضات و القراض و الوصيّة و الجنايات الموجبة للديات و نحوها؟

قال فى الكفاية: المعروف من مذهب الأصحاب أنّه لا يثبت بهما غير الأموال من حقوق الناس، فلا يثبت الطلاق و النسب و الوكالة و الوصيّة

---

(١) الكافى ٧: ٣٨۶- ٧، الفقيه ٣: ٣٣- ١٠۶، التهذيب ۶: ٢٧٢- ٧٣٩، الاستبصار ٣: ٣٢- ١٠٧، الوسائل ٢٧: ٢٧١ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١۵ ح ٣.

(٢) الكافى ٧: ٣٩٠- ٢، التهذيب ۶: ٢۶٩- ٧٢٣، الاستبصار ٣: ٢٩- ٩۵، الوسائل ٢٧: ٣۵١ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٢۴ ح ٢.

(٣) الفقيه ٣: ٣٣- ١٠۵، الوسائل ٢٧: ٢٧١ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١۵ ح ١.

(۴) انظر الوسائل ٢٧: ٣۶۴ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١۴، و ص ٢٧١ ب ١۵، و ص ٣۵٠ أبواب الشهادات ب ٢۴.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٢۶٩

إليه و عيوب النساء «١». انتهى.

و قيل: و لا يقضى بهما فى غير المال و ما يقصد منه المال بلا خلاف. و قيل أيضا: ظاهر الأصحاب الإطباق على تقييده بالمال «٢». انتهى.

و يظهر من الكفاية التردّد فى ذلك التخصيص، حيث قال: فإن لم يثبت إجماع على التخصيص كان القول بالعموم غير بعيد «٣». انتهى.

و ذهب الشيخ فى النهاية و الحلبى و ابن زهرة إلى التخصيص من بين الأموال أيضا بالدين «۴»، و عن الأخير الإجماع عليه.

أقول: دليل التخصيص الأخير هو موثّقة أبى بصير، و رواية القاسم بن سليمان، و رواية داود بن الحصين، المؤيّدة بصحاح حمّاد بن عثمان و محمّد و الحلبى.

و الإيراد عليها بأنّه لا دلالة فيها إلّا على أنّ قضاءه بذلك كان فى الدين، و لم يقض به فى غيره، و هو أعمّ من عدم جواز القضاء به فيه، فقد يجوز و لكن لم يتّفق له صلّى اللّه عليه و آله.

ضعيف جدّا، لأنّ المتبادر من قوله فى الموثّقة: «كان يقضى بذلك و ذلك فى الدين» و كذا قوله فى الرواية: «وحده» أنّ تجويزه القضاء به كان مختصّا به، مع أنّ رواية داود لم تتضمّن القضاء أولا، بل هى صريحة فى التخصيص.

---

(١) الكفاية: ٢٧٢.

(٢) انظر الرياض ٢: ۴٠۶- ۴٠٧.

(٣) الكفاية: ٢٧٢.

(۴) النهاية: ٣٣۴، الحلبى فى الكافى فى الفقه: ۴٣٨، ابن زهرة فى الغنية (الجوامع الفقهية): ۶٢۴.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٢٧٠

و أمّا التخصيص الوسط فلا أرى فى الأدلّة منه عينا و لا أثرا.

و قد يستدلّ له بأخبار الاختصاص بالدين منضمّة مع تتمّة صحيحة البجلى المتقدّم صدرها، المتضمّنة لادّعاء أمير المؤمنين عليه السّلام على عبد اللّه بن قفل التميمى عند شريح درع طلحة، حيث وجدها بيده، و قال: «إنّها أخذت غلولا» «١» فطلب شريح البيّنة، فشهد الحسن عليه السّلام، فقال شريح:

هذا شاهد، و لا أقضى بشهادة شاهد حتى يكون معه آخر، و ساق الكلام إلى أن قال: «فغضب علىّ عليه السّلام و قال: خذوها» أى الدرع «فإنّ هذا قضى بجور ثلاث مرّات» ثمّ أخذ فى عدّ تلك الثلاث، إلى أن قال: «ثمّ أتيتك بالحسن فشهد، فقلت: هذا واحد، و لا أقضى بشهادة واحد حتى يكون معه آخر، و قد قضى رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله بشهادة واحد و يمين» الحديث «٢».

فإنّ الدرع كانت عينا موجودة لا دينا، فيعلم أنّ القضاء بذلك لا يختصّ بالدين المعهود، بل المراد من الدين مطلق المال، كما قد يحمل عليه كلام النهاية «٣»، و يشعر كلام بعض اللغويين إلى أنّه مطلق الحقوق «۴».

و فيه: أنّه يمكن أن تكون تخطئته فى قوله: «و لا أقضى بشهادة شاهد حتى يكون معه آخر» حيث أتى بالنفى للماهيّة الدالّ على العموم، بل هو الظاهر، حيث ذكر عليه السّلام فى مقام تعداد الخطأ ذلك القول لا عدم حكمه فى الواقعة بالشهادة و اليمين.

و يدلّ عليه أيضا استشهاده بقضاء رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله مطلقا من غير بيان

---

(١) غلولا: أى سرقة من الغنيمة قبل القسمة- مجمع البحرين ۵: ۴٣۶.

(٢) الكافى ٧: ٣٨۵- ۵، التهذيب ۶: ٢٧٣- ٧۴٧، الاستبصار ٣: ٣۴- ١١٧، الوسائل ٢٧: ٢۶۵ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١۴ ح ۶.

(٣) حمله عليه فى المختلف: ٧٢۵.

(۴) مجمع البحرين ۶: ٢۵٣.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٢٧١

موضع قضائه.

ثمّ لو سلّم ذلك، فمقتضى الجمع التخصيص بالدين و العين، و أمّا التعدّى إلى غيرهما من الحقوق المتعلّقة بالأموال- كالرهن و المساقاة و الإجارات و نحوها- فلا يكون عليه دليل.

و التمسّك بعدم القول بالفصل فى المقام ضعيف.

و أمّا حمل الدين على مطلق المال فهو ممّا تأباه اللغة و العرف و كلام الأصحاب طرّا، حيث يقابلون الدين مع العين أو مع المال.

و بالجملة: إن كانت دلالة الموثّقة و الروايتين على الاختصاص بالدين تامّة- كما هو كذلك- يجب القول بالتخصيص الأخير، لأخصّيتهما من سائر الأخبار، و إلّا فالتخصيص الأول، و هو الاختصاص بحقوق الناس، لما عرفت.

و أمّا الوسط فلا وجه له أصلا.

نعم، ظاهر الحلّى و الفاضل فى المختلف دعوى الإجماع على كفاية الشاهد و اليمين فى الأموال «١»، و نفى جماعة- على ما قيل «٢»- الخلاف فيه.

و لكن قد عرفت مرارا عدم حجّية الإجماع المنقول و حكاية نفى الخلاف، سيّما أنّ كلام الحلّى ليس صريحا فى الإجماع، فإنّه قال: و يحكم بالشاهد و اليمين فى الأموال عندنا. و مثل ذلك ليس دعوى للإجماع، و مع ذلك مختصّ بالأموال، و شموله- لما يكون المقصود منه المال مطلقا، كالنكاح و الرهن و قتل الخطاء و نحوهما ممّا ذكروه- ليس بظاهر.

و كذا كلام المختلف، فإنّه ذكر الدين و العين مع عدم صراحته أيضا

---

(۱) الحلّى فى السرائر ۲: ۱۱۶، المختلف: ۷۱۶.

(۲) الكفاية: ۲۸۵، الرياض ۲: ۴۰۶.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۲۷۲

فى دعواه، لأنّه قال: المال سواء كان دينا- كالقرض- أو عينا يثبت بشاهد و امرأتين إجماعا، و كذا بشاهد و يمين، فإنّ قوله: «و كذا» يمكن أن يكون إشارة إلى نفس الثبوت لا الثبوت مع الإجماع.

هذا، مع معارضتهما بدعوى إجماع ابن زهرة على الاختصاص بالدين «۱»، و ظهور مخالفة طائفة من فحول القدماء «۲».

و مع ذلك كيف تسمع دعوى نفى الخلاف؟! و مع أنّ أكثر ما ذكروه من دعوى نفى الخلاف أو المعروفيّة من مذهب الأصحاب و نحوهما إنّما هو على عدم ثبوت غير الأموال بالشاهد و اليمين، كما مرّ من عبارة الكفاية «۳».

و قد يستدلّ لتخصيص الوسط برواية عاميّة رواها ابن عبّاس: إنّ النبيّ صلّى اللّه عليه و آله قال: «استشرت جبرئيل فى القضاء باليمين مع الشاهد فأشار بذلك فى الأموال لا تعدو ذلك».

و هى رواية ضعيفة لا تصلح للاستناد و إن قلنا بموافقتها للشهرة، لأنّها لا تجبر الروايات العاميّة، مع أنّها عامّة يجب تخصيصها بما يدلّ على الاختصاص بالدين، و هو أولى من جعل الحصر فى روايات الدين إضافيّا قطعا.

هذا، مع ما فى التخصيص الوسط من الإجمال و الاختلاف فى بيان المطلوب الذى لا يكاد يبين بيانا مستندا إلى دليل، فإنّ منهم من عبر بالأموال «۴»، و منهم من قال: العين و الدين «۵»، و قال القاضى: المال و ما كان

---

(۱) الغنية (الجوامع الفقهية): ۶۲۴.

(۲) كالطوسى فى النهاية: ۳۳۴.

(۳) الكفاية: ۲۷۲.

(۴) كالشهيد الثانى فى المسالك ۲: ۳۷۶.

(۵) كالحلّى فى السرائر ۲: ۱۱۶.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۲۷۳

و صلة إليه «۱»، و قال الحلّى «۲» و أكثر المتأخّرين «۳»: المال، أو ما يقصد منه المال.

ثمّ اختلفوا فى المراد ممّا يقصد منه المال أو يكون و صلة إليه، أنّه هل ما كان كذلك بأصل الشرع، أو كان الغرض من الدعوى ذلك، أو كان يستتبع المال، أو كان الغرض من فعله المال؟

و ذكروا أمثلة لا ينطبق بعضها على بعض، فذكروا منها: الجنايات الخطائيّة، مع أنّه ليس المقصود من فعله أو الغرض من وضعه مال، بل قد لا يكون الغرض من الدعوى أيضا ذلك، بل يتصوّر المدّعى جواز القصاص.

و ذكروا لما ليس ممّا يقصد منه المال: الوكالة و الوصاية و النسب، مع أنّ دعوى الوكالة كثيرا ما تكون بقصد المال، كأخذ حقّ الوكالة، أو تصحيح عمل الوكيل فى المال ليأخذه، أو إفساده، كالبيع.

و دعوى الوصاية قد «۴» تكون لأخذ حقّ السعى، و قد تكون لتصحيح بيع الوصى.

و دعوى النسب قد تكون لأخذ الميراث أو النفقة و غير ذلك.

و لأجل ما ذكرنا من إجمال المراد و اختلافهم فى تأديته قد وقعت للقائلين بهذا القول من فقهائنا الأطياب- من المتقدّمين و

المتأخّرين فی أبواب الاختلاف فی دعوی العقود و الإيقاعات من الوقف و النكاح و الطلاق

---

(۱) المهذّب ۲: ۵۶۲.

(۲) السرائر ۲: ۱۴۰.

(۳) كالمحقّق فی الشرائع ۴: ۹۲، و العلّامة فی المختلف: ۷۱۶، و الشهيد الثانی فی الروضة ۳: ۱۴۲.

(۴) فی «ح» زيادة: لا.

مستند الشيعة فی أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۲۷۴

و الخلع و العتق و التدبير و المكاتبة و السرقة و غيرها- اختلافات شديدة بينهم، بل بين كتب فقيه واحد، بل بين مباحث كتاب واحد، بحيث لا يكاد ينضبط و لا يرتفع، و ليس ذلك إلّا لعدم استناد تعيين الموضوع إلی مستند شرعیّ مضبوط.

فهذا القول ممّا لا ينبغی الركون إليه و السكون لديه، بل إمّا يعمّم الثبوت- كما فی حقوق الناس، كما يميل إليه فی الكفاية «۱»، إن لم تتمّ أدلّة التخصيص بالدين، إمّا سندا أو دلالة- أو يخصّص بالدين إن قلنا بتماميّة أدلّتها، كما هو كذلك، لأنّها من الروايات المعتبرة، مع أنّ واحدة منها موثّقة، و هی فی نفسها عندهم حجّة، و بأخبار صحيحة أخری معتضدة، و دلالتها واضحة جدّا.

فالحقّ: اختصاص الثبوت بالشاهد الواحد و يمين المدّعی بالدين لا غير.

فروع:

أ: المراد بالدين الذی يثبت بشاهد و يمين: كلّ حقّ مالیّ للغير،

متعلّق بذمّة الآخر، بأیّ سبب تعلّق بالذمّة، فيشمل ما استقرضه، و ثمن المبيع، و مال الإجارة، و المهر، و دية الجنايات، و المغصوب، و المسروق، و النفقة، و الموصی به، و المضمون له، و المحوّل إليه، و غير ذلك.

و المراد بكون الدعوی دينا: أن يكون هو المقصود من الدعوی، و يكون مأخوذا فيه، و يكون هو المدّعی به بالذات و المطلوب من الخصم

---

(۱) الكفاية: ۲۷۲.

مستند الشيعة فی أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۲۷۵

و إن تعلّقت الدعوی أو الإنكار بالسبب، فلو تلفت منه مائة دينار لأجل شراء ملكه و هو أنكر الشراء يكون دعوی الدين، و كذا لو ادّعی مائة دينار لأجل الجناية أو السرقة أو الإجارة و نحوها، لصدق دعوی الدين فی الكلّ.

بخلاف ما لو ادّعی نفس السبب من دون مطالبة ما يترتّب عليه، فإنّه لا تصدق عليه دعوی الدين.

و لذا لو ادّعت امرأة علی رجل مائة دينار من جهة الصداق، فبذل المائة، يسقط تسلّطها عليه.

بخلاف ما لو ادّعی النكاح الذی جعل الصداق فيه مائة، إلّا إذا كان أثر السبب (و المطلوب) «۱» منه منحصرا فی ذلك الدين، فإنّه لو ادّعی أحد وصيّة مائة دينار يكون دعوی الدين، إذ لا يقصد من دعواها إلّا المائة دينار، أی لا يتبادر من دعواها إلّا طلب ذلك.

ب: قالوا: يشترط شهادة الشاهد أولا و ثبوت عدالته ثمّ اليمين،

و لو بدأ باليمين وقعت لاغية، و افتقر إلی إعادتها بعد الإقامة، و لم يظهر فی ذلك مخالف، بل نسبه فی المفاتيح إلينا «۲»، و نفی عنه

الخلاف فى شرحه، و استدلّ له بتعليل ضعيف غايته.

و قد يستدلّ أيضا بأنّ هذا حكم مخالف للأصل، فيقتصر فى ثبوت الحقّ به على موضع اليقين، و هو ما إذا تأخّر اليمين.

و فيه: أنّ هذا إنّما يتمّ لو لا إطلاقات طائفة من النصوص بالثبوت بذلك، فإنّ أكثرها و إن كان خاليا عن الإطلاق- لتضمّنه الإخبار عن حكم النبيّ و الولى، فهو إخبار عن واقعة، و مثله لا إطلاق فيه- إلّا أنّ صحيحة مستند الشيعة فى أحكام الشريعة ج۱۷ ۲۷۵

ب: قالوا: يشترط شهادة الشاهد أولا و ثبوت عدالته ثم اليمين، ..... ص : ۲۷۵

---

(۱) فى «ق»: فيه المطلوب.

(۲) المفاتيح ۳: ۲۶۴.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۲۷۶

محمّد الاولى و صحيحة منصور الأخيرة و رواية داود «۱» مطلقة. و نفى إطلاقها- لكونها واردة فى بيان حكم آخر غير ما نحن فيه، و لأنّ المتبادر منها تقديم اليمين- ضعيف، لعدم منافاة الورود مورد حكم آخر للإطلاق، و لظهور منع التبادر، و لذا تأمّل طائفة فى ذلك الحكم، كصاحبى الكفاية و المفاتيح «۲».

و اختار شارح المفاتيح عدم اشتراط الترتيب، و هو الأقوى.

ج: لا تثبت دعوى جماعة مع شاهد إلّا مع حلف كلّ منهم،

فلو حلف بعضهم دون بعض ثبت نصيب الحالف فقط، للأصل، فإنّ الأصل عدم ثبوت نصيب الغير، و لم تكن للممتنع معه شركة فيما يثبت، لأنّ الحلف جزء سبب الاستحقاق، و هو يختصّ بأحدهما، فيمكن إبراء شريكه أو استيفاؤه.

و ذلك بخلاف ما إذا ادّعى أحد الشريكين بسبب مشترك فأقرّ الغريم، فإنّ ما أقرّ به للمدّعى يشترك فيه الآخر أيضا، لأنّ نسبة الإقرار إليهما على السواء، و كذا البيّنة، فما يأخذه أحد الجماعة من نصيبه بسبب الحلف لا يشترك معه غيره ممّن لم يحلف، و ما يأخذه بسبب الإقرار أو البيّنة يشترك معه فيه الباقون، كذا قالوا.

أقول: ما ذكروه من اختصاص ما أخذه الحالف به و عدم اشتراك غيره معه إنّما هو فيما إذا كان المدّعى به دينا أو عينا و أخذ ما أخذ منها مشاعا، أى اشترك مع الغريم فيها بالإشاعة بقدر نصيبه.

أمّا لو كان المدّعى به عينا و أخذ نصيبه منها مفروزا فلا بدّ من القول

---

(۱) المتقدّمة جميعا فى ص: ۲۶۶ و ۲۶۷ و ۲۶۸.

(۲) الكفاية: ۲۷۲، المفاتيح ۳: ۲۶۴.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۲۷۷

بكونه مشتركا بينه و بين باقى الشركاء.

مثلا: إذا ادّعى أخوان على زيد حنطة معيّنة مشاهدة بأنّها من مال مورثنا، و أقاما شاهدا واحدا، و حلف أحدهما دون الآخر، و أخذ الحالف نصف تلك الحنطة، يجب أن يكون مشتركا بين الأخوين.

و كذا إذا ادّعيا أرضا معيّنة و أخذ الحالف نصفها المعيّن بأن يقسّم مع الغريم، فلا بدّ من الشركة.

لا لأجل الحلف، حتى يرد أنّه لا يثبت بالحلف مال الغير.

بل لأجل اعترافه بأنّه مال المورث، و هو مأخوذ به، كيف و لو ادّعاه لنفسه و أخذه بالشاهد و اليمين أو اليمين المردودة، ثمّ أقرّ بأنّه

مال عمرو، يتسلّط عمرو على أخذه منه، فأثر الحلف رفع مانع تصرّفه، و حكم ظاهر الشرع باستحقاقه القبض و الشركة أثر الإقرار.

و لعلّ مراد القوم من نفى الاشتراك أيضا فى غير تلك الصورة.

فإن قيل:

يلزم مثل ذلك فى نصيبه من الدين المأخوذ بالحلف و العين المأخوذة بالإشاعة كذلك أيضا، لما ذكر.

قلنا:

لا يلزم ذلك أصلا، لأنّ المقرّ به فى الدين ليس إلّا اشتغال ذمّة الغريم بحصّته و بحصّة الشركاء، و لا يثبت بذلك شيء أصلا، و يثبت بالشاهد و اليمين اشتغال ذمّته بحصّة الحالف، أى بأمر كلّى يساوى حصّته من الدين، و هذا الكلّى ليس جزءا من الكلّى الأول، لعدم تعيينه، بل يساوى بعضه، و تعيّن ذلك الكلّى المحكوم عليه له بإقباض الغريم و قبض الحالف، و لا اعتراف من الحالف على شركة الشريك فيه، و إنّما اعترافه فى أمر كلّى ثابت فى الذمّة، و لم يقصد الغريم أنّه يعطيه من باب ذلك الكلّى، لعدم اعترافه بثبوته عليه، و لو قصد أيضا لم يفد، فهذا الشخص الخارجىّ

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٢٧٨

لا دليل على شركة الشركاء فيه أصلا، و أين الاعتراف باستحقاق الشريك شيئا فى ذمة الغريم عن الاعتراف بشركته فى ذلك الشىء المعيّن؟! فإن قيل:

فعلى هذا يلزم عدم شركة الشريك فيما يقبضه الآخر من الدين المشترك الذى يقرّ به الغريم، أو يثبت بالبيّنة أيضا- كما حكى عن الحلّى فى باب الشركة من السرائر «١»، و إن وافق القوم فى باب الدين و الصلح «٢»- لأنّ شركة الشريك فى أمر انتزاعىّ كلّى ثابت فى الذمّة، و لا يلزم من ذلك شركته فيما أعطاه الغريم لأحدهما و يقصده، و هو أيضا قبضه لنفسه.

نعم، لو أقبضه الغريم لهما معا تمّت شركتهما، حيث إنّ التعيين بيد الغريم.

و القول بأنّ قصد الغريم إنّما يعتبر و يؤثّر فى تعيين قدر الدين من ماله و إفرازه عن سائر ما بيده، لا فى تعيين الشركاء فى الدين، و إنّما هو بيد الشريك، فيما عيّنه الغريم يصير للدين بقصده، و يكون مراعى فى حقّ الديّان حتى يعيّنوا المستحقّ.

فاسد جدّا، لأنّه إن أريد أنّ التعيين بيد جميع الشركاء من القابض و غيره فهم لا يقولون به، بل يقولون بشركة الشريك الآخر و لو لم يرض القابض.

و إن أريد أنّ التعيين بيد غير القابض فهو أيضا ليس كذلك.

و إن أريد أنّ للجميع التعيين بقدر الحصة فهو أمر لا دليل عليه و لا سبيل، و أيضا يلزم أنّه لو كانت عليه ديونا متعدّدة لديّان عديدة من غير

---

(١) السرائر ٢: ٤٠٢.

(٢) السرائر ٢: ٤٥، ٦٨.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٢٧٩

شركة يشترك الباقون فيما قبضه أحد الديّان لنفسه بقصده و قصد الغريم أيضا، و هو ممّا لا يقول به أحد.

و أىّ فرق بين الديون المتعدّدة لديّان متعدّدة و بين دين واحد لديّان؟! فإنّ التفرقة إنّما هى قبل التعلّق بالذمّة، و أمّا بعده فالمتعلّق بالذمّة أمر كلّى متخصّص بحصص متعدّدة فى الصورتين.

و بالجملة: جعل الدين فى إحدى الصورتين كلّيا واحدا مشتركا و فى الأخرى كلّيات متعدّدة غير مشتركة ليس إلّا محض التصوير و الاعتبار، و إلّا فالدين و ما فى الذمّة فيهما مائة درهم- مثلا- لشخصين، و ليس إناطة تعيين المستحقّ بيد الشريك فى بعض الصور

مستندا إلى دليل فقهيّ شرعيّ.

قلنا:

نعم، يلزم مـا ذكر، و هو الموافق للأصـل، إلّـا أنّ الـدليل الشـرعيّ أوجب الشـركة فى الـدين المشترك، و هو المسـتفيضة من الأخبـار المعتبرة، كصحيحة سليمان بن خالد «۱»، و موثّقة غياث بن إبراهيم «۲»، و روايتى ابن سنان «۳» و ابن حمزة «۴»، و غيرها «۵»، المؤيّدة بالشـهرة العظيمـة، و لولاهـا لكنّا نقول فى الـدين المشترك الثابت بالإقرار أو البيّنـة أيضا باختصاص القابض بما قبضه، و لكنّ الـدليل أوجب القول بالتشـريك، بمعنى: أنّ الشـريك الآخر له المطالبة و إن كانت له الإجازة فى الاختصاص أيضا، و لذلك يقتصر فيه على موضع الدليل.

---

(۱) الفقيه ۳: ۲۳- ۶۰، التهذيب ۶: ۲۰۷- ۴۷۷، الوسائل ۱۸: ۳۷۰ أبواب الدين و القرض ب ۲۹ ح ۱.

(۲) الفقيه ۳: ۵۵- ۱۹۰، التهذيب ۶: ۱۹۵- ۴۳۰، الوسائل ۱۸: ۴۳۵ أبواب أحكام الضمان ب ۱۳ ح ۱.

(۳) التهذيب ۷: ۱۸۶- ۸۲۱ الوسائل ۱۹: ۱۲ أبواب أحكام الشركة ب ۶ ح ۲.

(۴) التهذيب ۷: ۱۸۵- ۸۱۸ الوسائل ۱۹: ۱۲ أبواب أحكام الشركة ب ۶ ح ۱.

(۵) انظر الوسائل ۱۹: ۱۲ أبواب أحكام الشركة ب ۶.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۲۸۰

و بذلك تندفع بعض الإيرادات الواردة فى المسألة و الإشكالات الموردة فيها.

و لتحقيق هذه المسألة موضع آخر تذكر فيه.

د: لو ادّعى قيّم المولّى عليه من الطفل و المجنون و الغائب،

و أقام شاهـدا واحدا، لا يحلف المدّعى، لاختصاص اليمين بصاحب الحقّ، بل توقف الدعوى- مع عدم مصـلحة فى طيّها بيمين الغريم أو الصلح أو غيرهما- إلى رفع الحجر عن صاحب الحقّ، فإن حلف أخذ، و إلّا سقط.

و لو كـان المـدّعى وصيّا على الثلث- مثلا- لا يحلف، بـل تسـقط دعواه، لأصالـة عـدم ثبوتها. و لو حلف سائر الورثـة كلّا أو بعضـا يأخذون نصيبهم و لا يخرج منه الثلث، لأنّ الحلف أثبت حصّته خاصّة.

ه: لو أقام المدّعى شاهدا واحدا، ثمّ رضى بيمين المنكر،

كـان له ذلـك، للأصـل. و يستحلفه، فـإن حلف قبل عوده سـقطت الـدعوى، و إن عاد قبل حلفه و أراد بـذل الحلف قال فى التحرير: احتمل إجابته إلى ذلك و عدمها «۱».

أقول:

بل تتعيّن الإجابـة، للأصل، و عـدم مشروعيّة اليمين بـدون طلب المدّعى، و قياسـها على اليمين المردودة- كما ذكره الشـيخ «۲»- غير صحيح، للفارق.

و قال فى التحرير: لا تقبل فى الأموال شهادة امرأتين و يمين المدّعى «۳».

أقول:

صحيحتا الحلبى و منصور «۴» تدلّان على القبول.

---

(١) التحرير ٢: ١٩٤.

(٢) المبسوط ٨: ١٩٠.

(٣) التحرير ٢: ١٩٣.

(۴) المتقدمتان فى ص: ٢۶٧ و ٢۶٨.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٢٨١

البحث الثالث فى السكوت

فإن سكت المدّعى عليه بعد طلب الجواب عنه، فإن كان لدهشة أزالها الحاكم بالرفق و الإمهال.

و إن كان لغباوة و سوء فهم توسّل إلى إزالته بالتعريف و البيان.

و إن كان لآفة من صمم أو خرس توسّل إلى معرفة جوابه بالإشارة المفهمة للمطلوب باليقين «١».

و إن كان لعدم فهم اللغة توسّل إلى إفهامه إلى مترجمين عدلين، و كذا لو احتاج الحاكم إلى فهم جوابه. و لا يكفى واحد، لأصالة عدم حجّية قوله، فيقتصر فى محلّ الحاجة إلى المجمع عليه.

و إن كان سكوته تعنّتا و لجاجا ألزمه الجواب أولا باللطف و الرفق، ثمَّ الغلظة و الشدّة، متدرجا من الأدنى إلى الأعلى، على حسب مراتب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر. فإن أجاب و إلّا حبسه (حتى يجيب) «٢» إن سأله المدّعى إلى أن يجيب أو يعفو الخصم، أو يموت، عند المفيد و الشيخ فى النهاية و المختلف و الديلمى و ابن حمزة «٣»، و كافّة المتأخّرين كما فى المسالك و الكفاية «۴».

---

(١) فى «ق»: بالتعين ..

(٢) كذا، و الأنسب بالسياق حذفه.

(٣) المفيد فى المقنعة: ٧٢۵، النهاية: ٣۴٢، المختلف: ۶٩١، الديلمى فى المراسم: ٢٣١، ابن حمزة فى الوسيلة: ٢١٧.

(۴) المسالك ٢: ٣٧٠، الكفاية: ٢۶٩.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٢٨٢

و استدلّ عليه تارة بما ذكره فى الشرائع و التحرير من أنّ به رواية «١»، و هى و إن كانت مرسلة إلّا أنّها منجبرة بما ذكر.

و اخرى: بحديث: «ليّ الواجد يحلّ عقوبته» «٢» حيث إنّه واجد للجواب و يماطل فيه، بناء على تفسيرهم العقوبة بالحبس خاصّة.

و ثالثة: بما مرّ من حبس الأمير الغريم باللّى و المطل «٣».

و قيل: يجبر حتى يجيب بالضرب و الإهانة «۴». و لعلّه لإطلاق العقوبة، بناء على عدم ثبوت التفسير المذكور، و لأنّه طريق الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر.

و عن المبسوط و السرائر «۵» و بعض المتأخّرين «۶»: أنّ الحاكم يقول له ثلاثا: إن أجبت و إلّا جعلتك ناكلا، و فى المبسوط: أنّه قضية المذهب.

و استدلّ له بأنّ السكوت إمّا هو النكول أو هو أقوى، لأنّ الناكل منكر غير حالف و لا رادّ، و هذا إمّا مقرّ أو منكر كذلك.

و أدلّة الكلّ مدخولة:

أمّا أدلّة الأول، فلأنّ ضعف الرواية و إن انجبر بما مرّ إلّا أنّ متنها ليس معلوما، حتى فى دلالته ينظر، و مثل ذلك ليس عند الأصحاب بمعتبر.

و تفسیر العقوبة بخصوص الحبس غیر ثابت. و حبس الأمیر لا یفید التخصیص، مع أنّ کونه فی مثل المورد غیر معلوم، و صدق الواجد علی

---

(۱) الشرائع ۴: ۸۶، التحریر ۲: ۱۸۷.

(۲) مجالس الشیخ: ۵۳۲، الوسائل ۱۸: ۳۳۳ أبواب الدین و القرض ب ۸ ح ۴، بتفاوت.

(۳) فی ص: ۱۷۶.

(۴) حکاه فی کشف اللثام ۲: ۳۳۸ و فیه: و لم نعرف القائل.

(۵) المبسوط ۸: ۱۶۰، السرائر ۲: ۱۶۳.

(۶) حکاه عنه فی الریاض ۲: ۴۰۱.

مستند الشیعة فی أحکام الشریعة، ج۱۷، ص: ۲۸۳

مثل ذلک غیر ظاهر.

و منه یظهر ضعف دلیل الثانی أیضا.

و أمّا أدلّة الثالث فلمنع کونه نکولا، مع أنّه ما ورد لفظ النکول فی الروایات. ثمَّ منع کونه إمّا مقرّا أو منکرا، فقد یکون أدّی الحقّ و لم یکن منکرا یلزمه الیمین، و لا مقرّا یلزمه الحقّ، فیسکت عن الإنکار لعدم صحّته، و عن الإقرار لإلزامه بالمقرّ به مع عدم البیّنة علی أدائه، و عدم تقصیره فی فقد البیّنة حتی یرد: أنّه أدخل الضرر علی نفسه، لإمکان موت الشهود. و إمکان التوریة منه لا یفید، إذ قد لا یعلم شرعیّتها، أو لا یهتدی إلی طریقها.

نعم، یمکن أن یستدلّ للقول الأخیر بما ذکره بعضهم من جریان أدلّة النکول فیه، کقوله فی روایة البصری- علی طریق الفقیه- المتقدّمة:

«فیمین المدّعی علیه، فإن حلف فلا حقّ له»، فإنّه لا شکّ فی صدق المدّعی علیه علیه، فیدلّ بالمفهوم علی أنّه إن لم یحلف فللمدّعی حقّ علیه.

و أظهر منه منطوق قوله: «فإن لم یحلف فعلیه» فی هذه الروایة علی طریقی الکافی و التهذیب.

و للثانی: بقوله فی آخرها علی الطرق الثلاثة: «و لو کان حیّا لألزم بالیمین، أو الحقّ، أو یردّ الیمین علیه» «۱»، حیث إنّه أمر بالإلزام بأحد الأمرین، و لا یتحقّق الإلزام إلّا بالأمر أولا، ثمَّ الإیذاء، ثمَّ الضرب و هکذا.

و للأول: بأنّ الإلزام لیس مطلقا، بل مجمل، فیقتصر فیه علی المتیقّن، و هو الحبس.

---

(۱) الفقیه ۳: ۳۸- ۱۲۸، بتفاوت یسیر.

مستند الشیعة فی أحکام الشریعة، ج۱۷، ص: ۲۸۴

و یمکن الجواب عن الاستدلالین الأخیرین بأخصّیة الصدر عن الذیل، لمکان قوله: «فإن لم یحلف»، فیجب تخصیص الذیل به، و یلزمه التخییر فی مبدأ الأمر بین أحد الثلاثة، فإذا لم یحلف و لم یرد- کما فی المورد- یبقی الإلزام بالحقّ کما هو القول الأخیر، و لعلّه الأقوی، فتأمّل.

مستند الشیعة فی أحکام الشریعة، ج۱۷، ص: ۲۸۵

البحث الرابع فیما إذا أجاب المدّعی علیه بقوله: لا أدری، أو هذا لیس لی، أو لفلان، و نحوه، لیصرف الدعوی عن نفسه.

اشاره

و فيه مسألتان:

المسألة الأولى: إذا أجاب المدّعى عليه بنحو قوله: لا أدرى

اشاره

، فقال صاحب الكفاية و قبله الأردبيلى: إنّ مقتضى ظاهر كلامهم أنّه لم يكف حلف المنكر على نفى العلم، و أنّه لا يجوز حينئذ الحلف بنفى الاستحقاق لعدم علمه، بل لا بدّ من ردّ اليمين، و إن لم يردّ يقضى عليه بالنكول مطلقا، أو بعد ردّ اليمين على المدّعى «۱».

و قال بعض المعاصرين- بعد نقله عنهما-: و لم يحضرنى ذكر ذلك فى كلام غيرهما «۲».

أقول:

التحقيق: أنّه إن ادّعى المدّعى العلم عليه علما أو ظنّا- بل أو احتمالا- فله حلفه على نفى العلم، كما صرّح به بعض مشايخنا المعاصرين أيضا «۳»، لأنّه دعوى صحيحة مستلزمة- بعد تحقّق المدّعى به بالنكول- ثبوت الحقّ له، فيدخل فى عموم اليمين على من أنكر. و بعد الحلف يسقط أصل الدعوى، لا لما ذكره أيضا من تركّب الدعوى من أمرين- فإذا سقط جزؤه سقط الكلّ، كما ذكروه فى الحلف على نفى العلم

---

(۱) الكفاية: ۲۷۰.

(۲) غنائم الأيام: ۶۹۲.

(۳) انظر الرياض ۲: ۴۰۴.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۲۸۶

بفعل المورّث- بل لأنّ بعد ثبوت انتفاء علمه بالحلف لا تسلّط له عليه بدون البيّنة، كما يأتى.

نعم، لو أقام بعد ذلك بيّنة تقبل، لأنّ الحلف كان على نفى العلم، و لازمه عدم سماع بيّنة العلم.

و إن لم يدّع عليه العلم و لا بيّنة له فلا تسلّط له عليه أصلا بمطالبة الحقّ، للأصل الخالى عن المعارض بالمرّة. و لا بالحلف، للأدلّة المصرّحة بأنّ الحلف على البتّ كما يأتى.

فلو لم تكن بيّنة له سقطت دعواه، بمعنى: عدم ترتّب أثر عليها فى حقّه، إذ لم يثبت من الشارع فى حقّ المدّعى سوى البيّنة أو التحليف، و هما منفيّان فى المقام قطعا، و الأصل عدم تحقّق مقتضى الدعوى، فيحكم به.

و تدلّ عليه موثّقة سماعة: عن رجل تزوّج أمة أو تمتّع بها فحدّثه ثقة أو غير ثقة، فقال: إنّ هذه امرأتى و ليست لى بيّنة، قال: «إن كان ثقة فلا يقربها، و إن كان غير ثقة فلا يقبل [منه]» «۱».

و حسنة عبد العزيز: إنّ أخى مات و تزوّجت امرأته، فجاء عمّى فادّعى أنّه كان تزوّجها سرّا، فسألتها عن ذلك فأنكرت أشدّ الإنكار و قالت:

ما كان بينى و بينه شىء قطّ، فقال: «يلزمك إقرارها و يلزمه إنكارها» «۲».

و رواية يونس: عن رجل تزوّج امرأة فى بلد من البلدان، فسألها:

---

(۱) التهذيب ۷: ۴۶۱- ۱۸۴۵، الوسائل ۲۰: ۳۰۰ أبواب عقد النكاح و أولياء العقد ب ۲۳ ح ۲، و فيهما: عن رجل تزوّج جارية .. فحدّثه رجل ثقة ..، و ما بين المعقوفين ليس فى «ح» و «ق»، أثبتناه من المصدرين.

(۲) الكافى ۵: ۵۶۳- ۲۷، الفقيه ۳: ۳۰۳- ۱۴۵۲، الوسائل ۲۰: ۲۹۹ أبواب عقد النكاح و أولياء العقد ب ۲۳ ح ۱.

أ لك زوج؟ فقالت: لا، فتزوّجها، ثمَّ إنّ رجلا أتاه فقال: هى امرأتى، فأنكرت المرأة ذلك، ما يلزم الزوج؟ فقال: «هى امرأته، إلّا أن يقيم البيّنة» «۱».

دلّت هذه الروايات على عدم قبول مدّعى الزوجيّة فى سقوط حقّ الزوج الثانى، مع أنّ الثانى غير عالم به، كما يدلّ عليه الفرق بين الثقة و غيره فى الاولى، و سؤاله عن حالها فى الثانيتين، و أنّه لا حلف عليه.

و أمّا قوله فى الاولى: «إن كان ثقة فلا يقربها» فلكونها جملة محتملة للإخباريّة لا يفيد أزيد من الكراهة، و لذا خصّه بالمقاربة دون سائر الأمور، و لم يحكم بزوجيّة الأول بمجرّده.

و اختصاص الروايات بدعوى الزوجيّة غير ضائر، لعدم القول بالفصل بين الحقوق.

و ما نقل عن بعضهم فى هذه المسألة- من أنّه يحلف على نفى العلم «۲»، و احتمله الأردبيلى و نفى عنه البعد فى الكفاية «۳»- فمرجعه إلى ما ذكرنا، إذ ظاهر أنّ هذا الحلف إنّما هو إذا جوّز المدّعى علمه حتى تتحقّق دعواه و لو احتمالا. أمّا لو اعترف بعدم علمه فلا معنى ليمين نفى العلم.

و أمّا ما قيل من احتمال أن يقال بردّ الحاكم أو المدّعى عليه الحلف إلى المدّعى «۴» فلا وجه له، لأنّه أمر مخالف للأصل، محتاج إلى التوقيف، و لا توقيف.

---

(۱) التهذيب ۷: ۴۶۸- ۱۸۷۴، الوسائل ۲۰: ۳۰۰ أبواب عقد النكاح و أولياء العقد ب ۲۳ ح ۳.

(۲) حكاه عنه فى الرياض ۲: ۴۰۴.

(۳) الكفاية: ۲۷۰.

(۴) انظر الرياض ۲: ۴۰۴.

و لا يتوهّم عموم بعض روايات اليمين، مثل قولهم: «أحكام المسلمين على ثلاثة: شهادة عادلة، أو يمين قاطعة، أو سنّة ماضية» «۱» و قولهم: «اقض بينهم بالبيّنات، و أضفهم إلى اسمى» «۲»، لأنّها بين مجملة و معيّنة لكون اليمين على المدّعى عليه، و المبيّن حاكم على المجمل، سيّما مع التصريح فى صحيحتى العجلى و أبى بصير و روايته، المتقدّمة جميعا فى مقدّمة المقام الثانى من البحث الثانى «۳».

و كذا لا يتوهّم دلالة إطلاقات ردّ اليمين، لأنّ الردّ إنّما يكون مع تعلّق اليمين بالمدّعى عليه، فإذا لم يتعلّق لا يكون ردّ، مع أنّه لا إطلاق فيها يشمل المورد.

و القول- بأنّه لولاه [للزم] «۴» عدم سماع دعوى مسموعة بلا جهة- واه جدّا، لأنّ طلب الجواب من المدّعى عليه ثمَّ طلب البيّنة من المدّعى و تحليفه على نفى العلم لو ادّعاه عين سماعها.

نعم، يلزم عدم ثبوت تسلّط للمدّعى فى بعض الصور- و ما الضرر فيه؟!- كما فى مورد الروايات الثلاث، الذى لا خلاف فيه أيضا ظاهرا، و كما فيما إذا كان المدّعى عليه وارثا، بل هو من أفراد موضوع المسألة، غاية الأمر صيرورة دعواه لاغية، فليكن كذلك، و ما الضرر فيه بعد كونها مخالفة للأصل؟! و القول بأنّ الأصل عدم انقطاع الدعوى المسموعة بلا بيّنة و لا يمين:

مردود بأنّ الأصل أيضا عدم توجّه اليمين على المدّعى، مع أنّ أصالة

(١) راجع ص: ١٩٩.

(٢) راجع ص: ١٩٩.

(٣) راجع ص: ٢٠٠.

(۴) بدل ما بين المعقوفين فى «ح» و «ق»: لزم، و الظاهر ما أثبتناه.

عدم الاشتغال و عدم وجود دليل شرعى على الحكم به دليل على الانقطاع، مزيل للأصل.

و لا يتوهّم أنّه يمكن إلزام المدّعى عليه بلا يمين مردودة أيضا لعدم المعارض لقول المدّعى، لأنّ الأصل من أقوى المعارضات، و من أين ثبتت حجّية قول المدّعى الجالب للنفع لدفع الأصل الثابت من الشرع؟! فإن قيل:

بوجوب حمل أفعال المسلم و أقواله على الصحّة و الصدق.

قلنا:

من أين ثبت ذلك؟! سيّما إذا كان قوله مخالفا للأصل مثبتا للحقّ على الغير، و لم نعثر إلى الآن على دليل تامّ على ذلك، كما بيّناه فى كتابى عوائد الأيّام و مناهج الأحكام.

سلّمنا، فغاية ما نسلّمه أنّه لا يكذب فى ادّعاء علمه، و لكن من أين تثبت حجّية علمه علينا؟! فإن قيل:

ورد فى رواية البصرى المتقدّمة: «و لو كان حيّا لألزم اليمين، أو الحقّ، أو يردّ اليمين عليه» «١» دلّت على أنّه لو كان حيّا لتعلّق به أحد الثلاثة، و لمّا لم يكن اليمين أو ردّه هنا فتعيّن الإلزام بالحقّ.

قلنا:

يجب إمّا تخصيص الحيّ بالعالم، أو تخصيص الإلزام و الردّ به، و لا مرجّح، فيحصل الإجمال المسقط للاستدلال. و اللّه الموفّق فى كلّ حال.

و أمّا ما احتمله فى الكفاية من كون عدم العلم بثبوت الحقّ كافيا فى الحلف على عدم الاستحقاق، لأنّ وجوب إيفاء حقّه إنّما يكون عند العلم به «٢».

(١) راجع ص: ٢٣١.

(٢) الكفاية: ٢٧٠.

ففاسد، لأنّ المدّعى أمّا يحتمل علمه أو لا، فإن احتمله فله حلفه على نفيه، و إن لم يحتمله فهو على ما ذكره معترف بعدم الاستحقاق أيضا، فكيف يحلّفه؟! ثمَّ بما اخترناه صرّح به بعض معاصرينا، حيث قال ما ملخّصه: إنّه إن ادّعى المدّعى عليه العلم فلا إشكال فى جواز الحلف على نفى العلم، و به تسقط الدعوى، و إن لم يدّع عليه العلم فمقتضى الأصل و الأخبار أنّه لا يتوجّه عليه شيء أصلا، إذ الأصل براءة ذمّته، و لم ينكر شيئا ممّا يدّعيه المدّعى حتى يصدق عليه المنكر، مع أنّها غير ممكنة حينئذ، فلا يكفى صدق المدّعى عليه عليه أيضا، و لا يجب عليه ردّ اليمين، بل الظاهر أنّ الحاكم أيضا لا يردّه، إذ لا معنى لردّ اليمين إلّا بعد ثبوته على المدّعى عليه، و لا يثبت شيء باليمين على المدّعى عليه حينئذ، فلا يجوز للمدّعى أيضا الحلف حينئذ، و لا يثبت به شيء لو حلف «١». انتهى.

هذا إذا كانت الدعوى على الدين و ما فى الذمّة.

و أمّا إذا تعلّقت بالأعيان الخارجيّة فهو على قسمين:

أحدهما: أن تكون العين فی يد المدّعی عليه

، لأجل انتقالها إليه من متصرّف لها غير ثابت اعترافه بما ينافی الملكيّة بأحد أنحاء الانتقال، كالإرث، أو الشراء، أو نحوهما، و لا خلاف حينئذ فی أنّه إذا لم تكن للمدّعی بيّنة ليس له علی المدّعی عليه تسلّط، سوی اليمين علی نفی العلم إن ادّعاه عليه، كما يأتی.

و ثانيهما: أن تكون العين بيده من غير ادّعائه الملكيّة لها

اشاره

، بل يعترف بأنّه لا يعرف صاحبها، لأجل نسيانه أو غيره، فله أقسام:

---

(۱) انظر غنائم الأيام: ۶۹۲.

الأول: أن يجيب المتصرّف بأنّی لا أدری هل هو منّی، أو من المدّعی

. فإن ادّعی عليه المدّعی الدراية علما أو ظنّا أو احتمالا فله إحلافه علی نفی العلم، فإن نكل أو ردّ فيما يجوز فيه الردّ و حلف المدّعی يحكم به له و يأخذه، لا لكون النكول أو الردّ إقرارا، لمنعه، بل للأخبار النافية للحقّ عن الناكل و الرادّ مع حلف المردود إليه، فينحصر الحقّ فی المدّعی.

و إن حلف، أو لم يدّع المدّعی العلم عليه، فالظاهر القرعة بينهما، لأنّها لكلّ أمر مجهول.

الثانی: أن يجيب بأنّی لا أدری أنّه هل هو منّی، أو منک، أو من ثالث حاضر يمكن الترافع معه.

فإن نفاه الثالث عن نفسه ينحصر بين المدّعی و المتصرّف، و يرجع إلی الأول.

و إن ادّعاه لنفسه فلكلّ منهما إحلاف المتصرّف علی نفی العلم مع ادّعائه عليه، فإن نكل عنهما أو عن أحدهما يسقط حقّه و ينحصر بين المتداعيين، و يرجع إلی مسألة تنازع اثنين فی عين فی يد ثالث لم يصدق أحدهما إن لم يصدّق أحدهما، و إلی مسألة تنازعهما فی يد ثالث صدّق أحدهما إن رجع إلی تصديقه، و ستأتی المسألتان.

و إن حلف المتصرّف لهما فالظاهر الإقراع بين الثلاثة.

و إن قال الثالث أيضا: لا- أدری، و منع عن أخذ المدّعی، فله إحلافهما علی نفی العلم إن ادّعاه عليهما، و إحلاف من يدّعيه عليه خاصّة، فمع نكولهما أو أحدهما يسقط حقّ الناكل، و مع حلفهما يقرع بين الثلاثة.

و إن أقرّ المتصرّف للمدّعی بعد الترديد يقبل منه، لأنّ قوله أولا بعدم العلم ليس إقرارا علی أحد.

نعم، للثالث إحلافه لو ادّعی علمه، و تغريمه لو نكل أو ردّ.

الثالث: أن يكون الثالث من لا يمكن الترافع معه

- كالفقراء، أو غائب مفقود الخبر، أو صغير، أو مجنون- فمع ادّعائه العلم عليه يحلّفه، فإن لم يحلف يسقط حقّ نفسه و يقرع بين الباقين، و إن حلف يقرع بين الثلاثة. و يقبل قوله إن أقرّ بعد ذلك قبل الإقراع للمدّعی، لعدم تحقّق شیء مقبول شرعا ينافيه.

نعم، للصغير أو المجنون بعد الكمال تغريمه لو ادّعى عليه العلم و نكل عن يمينه.

الرابع: أن يكون الثالث مسافرا

، و حكمه أيضا يظهر ممّا ذكرنا فى الأقسام السابقة.

الخامس: أن يجيب بأنّى لا أدرى أنّه منّى، أو من المدّعى، أو من غيرنا، من غير تعيين

، فمع عدم ادّعاء العلم على المتصرّف يقرع بين الثلاثة أيضا، فإن خرجت القرعة لأحدهما يردّ إليه، و إن خرجت للغير يدخل فى مجهول المالك. و كذا مع ادّعاء العلم عليه و حلفه.

و مع نكوله أو ردّ اليمين و حلف المدّعى يسقط حقّ المتصرّف، و يقرع بين المدّعى و الغير، فإن خرجت للمدّعى يعطى العين، و إن خرجت للغير فللمدّعى إغرام المتصرّف، لتضييعه حقّه.

السادس: أن يجيب بأنّى لا أدرى أنّه من المدّعى، أو الغير المعيّن،

أو غير المعيّن، مع اعترافه بأنّه ليس من نفسه، فهو يخرج عن تلك المسألة، و يدخل فى المسألة الآتية إن شاء اللّه، (و إن كان له جهة مناسبة مع تلك المسألة لأجل قوله: لا أدرى أنّه منك، و سيأتى حكمه إن شاء اللّه تعالى) «۱».

---

(۱) ما بين القوسين ليس فى «ح».

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۲۹۳

المسألة الثانية: لو كان جواب المدّعى عليه: إنّه ليس لى

اشاره

، ليصرف الدعوى عن نفسه، و هو إنّما يكون إذا كانت الدعوى على عين فى يد المدّعى عليه، و هو على أربعة أقسام:

أحدها: أن يقول: ليس لى، مقتصرا عليه

. أو يضمّ معه قوله: هو لرجل لا أعرّفه- من باب التفعيل- أى لا أسمّيه. أو يضمّ معهما أو مع أحدهما: و ليس لك، أو: لرجل غيره و غيرك.

و الوجه فيه- وفاقا للشرائع و القواعد و المسالك «۱» و غيرها «۲»- أنّه لا ينزع من يد المتصرّف، لأنّ انتفاء ملكيّته لا يفسد يده، لإمكان كونها بالإجارة، أو الوكالة، أو العارية، أو اللقطة، أو غيرها، و لا ترتفع الخصومة عنه، بل يخاصم بمطالبته البيان، توصّلا للمدّعى بحقّ ترافعه، فإنّ للمدّعى على من عيّنه حقّا إمّا الأخذ إن أقرّ، أو الحلف إن أنكر.

و لو كذب المقرّ ثبت لصاحب ما يجهل مالكه عليه الحقّ، فيكون تركه البيان تفويتا لحقّ الغير، و هو منكر يجب صرفه عنه على طريقة النهى عن المنكر، و أيضا يخاصم بمطالبة الحلف على نفى علمه بحقّية المدّعى، و يقبل إن أقرّ بعد ذلك، لما سيأتى فى بحث التنازع فى الأعيان من أنّ إقرار ذى اليد مطلقا يجعل المقرّ له ذا اليد، المقتضى للملكيّة له.

و الوجه الآخر: أنّه ينزع الحاكم المال من يد المتصرّف، و يحفظه إلى أن يظهر مالكه، و ترتفع الخصومة منه، و علّله فى الإيضاح بأنّ

بنفى المتصرّف عن نفسه و عدم البيان لمالكه صار مجهول المستحقّ «٣».

و فيه: أنّ جهل الحاكم أو المدّعى بالمقرّ له لا يدخله فى عنوان

---

(١) الشرائع ۴: ١١٢، القواعد ٢: ٢٣١، المسالك ٢: ٣٩٢.

(٢) انظر كشف اللثام ٢: ٣۶۴.

(٣) إيضاح الفوائد ۴: ۴٠٢.

مجهول المالك، ثمَّ إنّ كلّ ذلك إذا لم تكن للمدّعى بيّنة، و إلّا فيأخذه.

و قيل: تجرى فى ذلك القسم الأقوال الثلاثة المتقدّمة فى السكوت، من الحبس، و الإجبار على البيان، و الإلزام بالحقّ.

و الأولان هما مثل المطالبة بالبيان، و أمّا الأخير فبعد نفيه عن نفسه لا وجه له.

و القول- بأنّ هذا الإقرار لا يثبت مال الغير- ممنوع، و لعلّ وجهه: أنّه يحتمل تفسيره بما لا يقبل، كأن يقول: إنّه للتهمة.

و فيه: أنّ عدم قبول كونه للتهمة لا يوجب عدم قبول نفيه عن نفسه.

و كذا ما ذكره فى المسالك، من أنّ الظاهر أنّ ما فى يده ملكه، و ما صدر عنه ليس بمزيل «١».

فإنّه إن أراد أنّه ليس بمزيل لمطلق اليد فهو مسلّم، و لكنّه غير مفيد.

و إن أراد أنّه ليس بمزيل لليد المقتضية «٢» للملكيّة فهو ممنوع.

و إن أريد أنّه ليس بمزيل لأصل الملكيّة المتحقّقة أولا بظاهر اليد فقد عرفت ما فيه، فإنّ إقراره على نفسه مزيل له.

و ثانيها: أن يقول: ليس لى و لا أعرف مالكه

- من باب المعرفة- أى لا أدرى من هو. و لم يحضرنى من صرّح بحكمه.

و الوجه فيه: أنّه يخرج عن ملكيّة المتصرّف، و ترتفع عنه خصومة المدّعى، إلّا إذا ادّعى عليه العلم بحقّيّته فيحلّفه، فإن نكل أو ردّ و حلف المدّعى يأخذ الغرامة منه، لتضييعه حقّه باعترافه بأنّه مجهول المالك، الذى هو إمّا مال الإمام، أو الفقراء، أو لمن يعرفه بعد تعريف السنة، أو غير

---

(١) المسالك ٢: ٣٩٢.

(٢) فى «ق»: المتضمّنة ..

ذلك من أقسام مجهول المالك، و ليس المدّعى أحدها.

و إن حلف ترتفع خصومة المدّعى عنه.

و على التقديرين ليس لأحد- حتى الحاكم- أخذه منه، للأصل، حيث «١» يحتمل أن يكون ممّا يبقى فى يده للتعريف.

نعم، لو عيّن وجه الجهل يعمل بمقتضاه.

الثالث: أن يضيفه إلى من تمتنع مخاصمته

، كالفقراء- بالوقف أو غيره- و الوقف لمسجد (أو مشهد) «٢» أو مدرسة أو نحوها.

[و لا تنصرف] «٣» الخصومة عنه إلّا بيمين نفى العلم و حلفه، فإن لم يحلف يغرّم، و إن حلف و لا بيّنة للمدّعى يرتفع تسلّطه، و لا ينتزع من يد المتصرّف، لجواز توليته.

و من هذا القسم: ما لو أقرّ به لطفله، أو لطفل الغير، أو مجنون، أو غائب، أو مفقود الخبر. و لا تسلّط للمدّعى حينئذ على الولىّ بدون البيّنة إذا كان غير المتصرّف، و له عليه يمين نفى العلم إن كان هو المتصرّف و ادّعى علمه، لفائدة الغرامة.

و من هذا الباب: ما لو نقله المتصرّف إلى غيره- من طفل أو غيره- ممّن لا يدّعى المدّعى علمه قبل تمام الترافع، فإنّه لا تسلّط للمدّعى حينئذ سوى إحلاف المتصرّف إن ادّعى علمه، و إغرامه إن نكل أو ردّ.

الرابع: أن يضيفه إلى معيّن لا تمتنع مخاصمته

، و هو على قسمين، لأنّه إمّا يقول: هى لزيد البالغ الحاضر، أو يقول: هى لزيد البالغ المسافر، أو الحاضر فى بلدة بعيدة، ليوقف الدعوى و يؤخّرها، مع صرفها عن

---

(١) فى «ح»: حتى ..

(٢) ليست فى «ح».

(٣) بدل ما بين المعقوفين فى «ح» و «ق»: و تنصرف، و الظاهر ما أثبتناه.

نفسه.

أمّا الأول، فقال فى الكفاية فى ذيل مسألة سكوت المدّعى عليه:

و إذا قال المدّعى عليه: هذا لفلان، صرفت الدعوى عنه.

و إن ادّعى المدّعى العلم على المدّعى عليه بأنّ هذا له صحّت الدعوى.

فإن أقرّ به بعد الإنكار، قال بعضهم: إنّه يسلّم من غير حاجة إلى الإثبات، لأنّه مؤاخذ بإقراره، و المال فى يده، و هو قادر على دفعه إلى أهله، و تلزمه الغرامة للمقرّ له أولا.

و فيه: أنّه مؤاخذ بإقراره الأول، فلا يصحّ إقراره الثانى المخالف للأول، فالظاهر أنّه تلزمه الغرامة للمدّعى.

و إن أصرّ على الإنكار يلزمه الحلف على عدم علمه بذلك، فإن حلف أو نكل يترتّب على كلّ واحد حكمه، و يجوز له الردّ، لجواز علم المدّعى بعدم علم المنكر، فيستحبّ فيه حكم الحلف و الردّ و النكول على ما مرّ «١». انتهى.

أقول:

ما ذكره فى ردّ قول البعض صحيح، و لكن إطلاقه لزوم الغرامة للمدّعى غير صحيح، بل لا يلائم قوله: صرفت الدعوى عنه، بإطلاقه، إذ لو تمكّن من الادّعاء على المقرّ له و إثبات دعواه بإقراره أو بالبيّنة فلا وجه لتغريم المدّعى عليه، بل لا وجه له قبل المرافعة مع المقرّ له مطلقا، إذ لعلّه يقرّ أو يردّ الحلف أو ينكل، فيأخذ المدّعى العين، فلا وجه لتغريمه، لأنّه لم يتلف العين عليه.

و منه يعلم عدم تسلّط يمين نفى العلم على المدّعى عليه أيضا قبل الترافع مع المقرّ له، بل الصحيح أن يقال: صرفت الدعوى عنه إلى المقرّ له

---

(١) الكفاية: ٢٦٩.

إن أمكن، فيرافع معه.

فإن رجعت العين إليه بإقرار أو بيّنة أو نكول أو ردّ حلف تمّت الدعوى و لا شيء على المدّعى عليه.

و إن لم ترجع و حكم بها للمقرّ له، أو كان ممّن لم يتمكّن المدّعى من الترافع معه، فيرجع إلى المدّعى عليه.

فإن لم يدّع العلم بصحّة دعواه- و لو ظنّا أو احتمالا- فلا تسلّط له عليه.

و إن ادّعاه، فإن أقرّ يغرّم، و إن أصرّ فله إحلافه على نفى العلم، فإن حلف تمّت الدعوى أيضا.

و إن لم يحلف- بل ردّ الحلف إن أمكن، بأن تكون دعواه جزما، و حلف المدّعى أو نكل- فعليه الغرامة للمدّعى، لإتلافه ما كان يعلم أنّه ماله.

هذا إذا لم تكن للمدّعى بيّنة على إقرار المدّعى عليه له سابقا على إقراره للمقرّ له، و إن كانت له و أثبته فيأخذ العين عن المقرّ له مع الإمكان، و هو يرجع إلى المدّعى إن شاء، و يستغرم منه، لاعترافه بالإقرار الثانى تضييعه حقّه بالإقرار الأول، و مع عدم الإمكان يأخذ الغرامة من المدّعى عليه.

هذا كلّه إذا صدّق زيد الحاضر المقرّ له المقرّ فى إقراره له، و لو كذّبه ففى المسالك: إنّ فيه أوجها:

أحدها: أنّه ينزع الحاكم منه، و يحفظه إلى أن يظهر مالكه، لخروجه عن ملك المتصرّف بإقراره، و عدم دخوله فى ملك المقرّ له بإنكاره، و عدم ثبوت ملك المدّعى، و أصالة عدمه.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٢٩٨

و الثانى: أنّه يترك فى يد المدّعى عليه، إذ لا منازع له، و لعلّه يرجع و يدّعيه.

و الثالث: أنّه يسلّم للمدّعى، لعدم المنازع له فيه «١».

و احتمله فى القواعد أيضا «٢».

أقول: يرد على الأخير: إنّ عدم المنازع لا يكفى فى دفع الأصل و حصول التسلّط له على المتصرّف، و عدم شمول أدلّة ما يسلّم للمدّعى لما لا يد عليه للمورد، و لذا تنظّر فيه فى الإيضاح «٣» بأنّه لا دليل عليه.

و على ما قبله: بمنع أنّه لا منازع له، بل على الحاكم منازعته، حيث إنّه يتصرّف فى ملك ليس له ينفيه عن نفسه، و لا لغير المقرّ له حتى يحتمل جواز تصرّفه فيه لأجله، لإقراره بأنّه له، و لا للمقرّ له، لتكذيبه. فلا يبقى وجه لتصرّفه. و رجوعه بعد نفيه عن نفسه غير مفيد، لعدم ثبوت اقتضاء اليد الكذائيّة لأصالة الملكيّة.

فأوجه الأوجه هو: الأول، كما قطع به فى الشرائع «۴» و اختاره فى القواعد «۵».

و أمّا الثانى- و هو أن يقول: إنّه لغائب معيّن- قال فى المسالك ما ملخّصه: أنّه تنصرف الخصومة عنه إلى الغائب، فإن كانت للمدّعى بيّنة قضى على الغائب بشرطه، و إلّا أقرّ فى يد المدّعى عليه. و لو طلب المدّعى إحلافه على نفى العلم بأنّ العين له فالأظهر أنّه له، فإن أقرّ أو نكل يغرّم القيمة، فإن

---

(١) المسالك ٢: ٣٩٢.

(٢) القواعد ٢: ٢٣٢.

(٣) إيضاح الفوائد ۴: ۴٠٢.

(۴) الشرائع ۴: ١١٢.

(۵) القواعد ٢: ٢٣٢.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٢٩٩

سلّمت العين للمدّعى بعد حضور الغائب بالبيّنة أو إقراره يردّ القيمة «۱». انتهى.

أقول:

كلّ ما ذكره صحيح لا خدشة فيه، إلّا حكمه بإغرام القيمة معجّلا للمدّعى مع الإقرار أو النكول، فإنّ قبل حضور المقرّ له و الترافع له لم يعلم تضييع حقّ له غرامة للمدّعى، إذ لعلّ المقرّ له يقرّ له أو ينكل، فلو قيل بتأخير الإغرام إلى طىّ الدعوى مع الغائب فلعلّه كان أظهر.

ثمّ لو حضر الغائب و كذّب المقرّ فحكمه كما إذا كذّبه الحاضر، و قد مرّ.

فروع:

أ: قال فى المسالك: لو أقام المقرّ له البيّنة على ملكه لم يكن للمدّعى تحليف المقرّ ليغرّمه «۲».

أقول:

و الفرق بينه و بين استقرار الملك للمقرّ له بالحلف: أنّ حلفه مسبّب عن صيرورته ذا اليد الحاصلة بإقرار المدّعى، فهو السبب للحيلولة بينه و بين العين، بخلاف البيّنة. و لكن لا يخفى أنّ هذا إنّما يتمّ على قبول بيّنة الداخل، و اللّه العالم.

ب: قال فى التحرير فى صورة الإقرار للغائب: لو أقام ذو اليد بيّنة تشهد أنّها للغائب،

سمعها الحاكم، و لم يقض بها للغائب، لأنّه لم يدّع هو و لا وكيله، و إنّما الفائدة: سقوط اليمين عن المقرّ إذا ادّعى عليه العلم.

و لو ادّعى وكالة الغائب كان له إقامة البيّنة عن الغائب.

و لو ادّعى رهن الغائب أو إجارته فالأقرب سماع البيّنة على الغائب بالملك، لتعلّق المقرّ بحقّ «۳». انتهى.

---

(۱) المسالك ۲: ۳۹۳.

(۲) المسالك ۲: ۳۹۳.

(۳) التحرير ۲: ۱۹۰.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۳۰۰

أقول:

الكلّ كذلك، أمّا سماع بيّنته للغائب فلأنّ بإقراره خرج عن كونه داخلا، و بادّعائه ملكيّة الغير الصارفة للدعوى عنه، فمن جهة حقّ صرف الدعوى عنه يصير مدّعيا لنفسه هذا الحقّ فتسمع بيّنته فيما يتعلّق بنفسه، و منه يظهر وجه سقوط اليمين عن المقرّ.

و أمّا إقامة البيّنة عن الغائب مع دعوى الوكالة، فلما سبق من كفاية الوكالة الادّعائيّة فى سماع الدعوى و الحكم.

و أمّا قبول البيّنة بملك الغائب عند دعوى الرهن أو الإجارة، فلأنّ دعواه فى الرهن و الإجارة الصحيحين، و صحّتهما موقوفة على ملكيّة الغائب، فدعوى ملكيّة الغائب أيضا جزء من الدعوى لنفسه، كما إذا ادّعى على الغائب بيع ملكه له حال بلوغه، فبيّنة البلوغ حقيقة بيّنة لحقّ المدّعى.

ثمّ إنّ فى صورة إقامة المقرّ البيّنة- لا بدعوى الوكالة، بل لإسقاط اليمين، أو تصحيح الرهن أو الإجارة، و حضر الغائب و طلب الحكم- افتقر إلى دعوى مجدّدة، فيحكم بمقتضاها، فإن أقام المدّعى بيّنة قضى بدون بيّنة الغائب، لأنّه الداخل.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۳۰۱

البحث الخامس فيما إذا أجاب المنكر بالإبراء أو الإقباض

و ينقلب حينئذ مدّعيا و المدّعى منكرا.

و لا فرق فى هذه الدعوى بين أن كان المدّعى أقام البيّنة أوّلا أو لا، و ليس فيه تكذيب لبيّنته. ثمَّ جواب المدّعى عليه الثانوى أيضا إمّا إقرار، أو إنكار، أو سكوت، و حكم الكلّ كما مرّ.

نعم، لو أجاب ب: لا أدرى، يكون الأصل حينئذ معه، و يعمل بمقتضى الأصل.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۳۰۲

البحث السادس فيما إذا كان المدّعى عليه غائبا

اشاره

و فيه مسائل:

المسألة الأولى: إذا ادّعى المدّعى دعوى مسموعة، فإمّا يكون المدّعى عليه حاضرا فى المجلس، أو غائبا عنه.

فعلى الأول، قال فى الدروس باشتراط القضاء عليه بعلمه «۱»، فلو لم يعلم- لعدم فهم، أو اختلاف لغة، أو عدم التفات- لم يقض عليه، أى قبل السؤال.

و هو كان حسنا- للأصل- لو لا إطلاقات الأمر بالحكم و القضاء المتقدّمة.

كصحيحة سليمان: «احكم بينهم بكتابى» «۲».

و مرسلة يونس: «استخراج الحقوق بأربعة وجوه» «۳».

و مرسلة أبان: «اقض بينهم بالبيّنات» «۴»، و غير ذلك.

و توهّم تبادر كونه بعد السؤال عن الخصم، أو بعد علمه، فيقتصر فى غيره على موضع النصّ، و هو الغائب.

---

(۱) الدروس ۲: ۹۱.

(۲) الكافى ۷: ۴۱۵- ۴، التهذيب ۶: ۲۲۸- ۵۵۰، الوسائل ۲۷: ۲۲۹ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۱ ح ۱.

(۳) الكافى ۷: ۴۱۶- ۳، التهذيب ۶: ۲۳۱- ۵۶۲، الوسائل ۲۷: ۲۴۱ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۷ ح ۴.

(۴) الكافى ۷: ۴۱۴- ۳، التهذيب ۶: ۲۲۸- ۵۵۱، الوسائل ۲۷: ۲۲۹ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۱ ح ۲ و فيه: اقض عليهم بالبيّنات.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۳۰۳

مردود بمنع التبادر، و جريان السيرة على ذلك- لو سلّم- فإنّما هو على الإعلام دون اشتراطه.

إلّا أنّه يرد على الأول: أنّ القضاء بكتاب اللّه لا يدلّ على القضاء قبل السؤال، إذ لعلّ حكم الكتاب هو السؤال عن المدّعى عليه.

و على الثانى: أنّه لا- شكّ أنّ استخراج الحقّ يحصل بالإقرار أيضا، فإمّا يجعل الحصر إضافيا، أو تخصيص الحقوق بما جحدت بعد السؤال و بالغائب، و ليس أحد المجازين أولى من الآخر.

و على الثالث: يتضمّن قولهم: «و أضفهم إلى اسمى يحلفون به» و ذلك يدلّ على وقوع الجحود أيضا.

أمّا ما فى صحيحة سليمان من قوله: «هذا» أى الإضافة إلى الاسم «لمن لم تقم له بيّنة» فلا يدلّ مفهومه إلّا على أنّ مع قيام البيّنة لا يحلف، و أمّا الحكم بها بدون وقوع النزاع و الجحد أو بعد الجحود خاصّة فلا.

و على هذا، فالأظهر عدم القضاء بالبيّنة فيما نحن فيه قبل السؤال، بل تدلّ عليه صريحا رواية محمّد بن مسلم: «إذا تقاضى إليك رجلان فلا تقض للأول حتى تسمع من الآخر» «١» فلو جعل الحاضر الغير العالم كالغائب لم يكن بعيدا.

و على الثانى: فإمّا أن يكون غائبا عن بلد الحكم أيضا، أو عن المجلس دون البلد.

فعلى الأول: يجوز الحكم عليه بعد قيام البيّنة أو علم الحاكم، بل يجب حيثما يجب الحكم، سواء كان بعيدا أو قريبا، بلا خلاف أجده، بل

(١) الفقيه ٣: ٧- ٢٣، التهذيب ۶: ٢٢٧- ۵۴٩، الوسائل ٢٧: ٢١۶ أبواب آداب القاضى ب ۴ ح ٢.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٣٠۴

مطلقا كما قيل «١»، بل باتّفاق أصحابنا كما فى المسالك «٢»، بل بالإجماع كما صرّح به والدى العلّامة رحمه اللّه فى المعتمد، بل بالإجماع المحقّق، له.

و لمرسلة جميل: «الغائب يقضى [عليه] إذا قامت عليه البيّنة، و يباع ماله، و يقضى عنه دينه و هو غائب، و يكون الغائب على حجّته إذا قدم» قال: «و لا يدفع المال إلى الذى أقام البيّنة إلّا بكفلاء إذا لم يكن مليّا» «٣»، و نحوها روايته عن محمّد «۴».

و ضعفهما غير ضائر، سيّما مع الانجبار، و صحّة الأولى على الأصح عن ابن أبى عمير.

و يدلّ عليه أيضا عموم صحيحة زرارة المتقدّمة «۵» فى حكم المقرّ المماطل.

و أمّا الاستدلال بعمومات لزوم الحكم مطلقا (أو بالبيّنة) «۶» فهو كان حسنا لو لا رواية محمّد المخصّصة هنا بصورة السماع من الخصم.

و أمّا المروىّ فى قرب الإسناد: «لا يقضى على غائب» «٧» فحمله

(١) انظر الرياض ٢: ۴١۴.

(٢) المسالك ٢: ٣٧٠.

(٣) التهذيب ۶: ٢٩۶- ٨٢٧، الوسائل ٢٧: ٢٩۴ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٢۶ ح ١، بدل ما بين المعقوفين فى «ح» و «ق»: عنه، و ما أثبتناه من المصدرين. و ليس فيهما: إذا لم يكن مليّا.

(۴) الكافى ۵: ١٠٢- ٢، الوسائل ٢٧: ٢٩۴ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٢۶ ح ١.

(۵) التهذيب ۶: ٢٩٩- ٨٣۶، الاستبصار ٣: ۴٧- ١۵۴، الوسائل ٢٧: ٢۴٨ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١١ ح ٢.

(۶) ليست فى «ق».

(٧) قرب الإسناد: ١۴١- ۵٠٨، الوسائل ٢٧: ٢٩۶ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٢۶ ح ۴.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٣٠۵

بعضهم على التقيّة، و آخر على الغائب عن المجلس دون البلد، و فى الوسائل على عدم الجزم بالحكم، لجواز قبول حجّة الغائب «١».

و الأولى ردّه بالمخالفة للإجماع هنا، مع أنّه لا يفيد أزيد من المرجوحية.

و على الثانى: فإمّا يتعذّر حضوره، أو لا يتعذّر، و على الثانى: إمّا علم امتناعه من الحضور، أو لم يعلم.

فإن تعذّر فيجوز الحكم عليه أيضا بلا خلاف كما قيل «٢»، بل عليه الوفاق فى المسالك «٣»، و الإجماع فى المعتمد و غيره «۴»، فإن

ثبت الإجماع و إلّا فللكلام فيه مجال واسع، إذ لا يكون عليه دليل سوى عمومات الحكم، و قد عرفت تخصيصها، و عمومات الحكم على الغائب، و ستعرف ما فيها.

و إن لم يتعذّر، فإن امتنع فكذلك أيضا، و من معاصرينا من جعل ذلك أيضا محلّ الخلاف الآتى «۵»، و هو غير صحيح، لتصريح الشيخ فى المبسوط بجواز الحكم فى صورة الامتناع «۶».

و إن لم يعلم امتناعه ففيه خلاف، فقال الشيخ فى المبسوط: إنّ الصحيح أنّه لا يقضى عليه «۷». و اختاره والدى العلّامة رحمه اللّه فى المعتمد، و مال إليه المحقّق الأردبيلى فى شرح الإرشاد، بل و كذلك فى الصورتين

---

(۱) الوسائل ۲۷: ۲۹۶.

(۲) انظر الرياض ۲: ۴۱۴.

(۳) المسالک ۲: ۳۷۰.

(۴) الخلاف ۲: ۶۰۱.

(۵) غنائم الأيام: ۶۸۸.

(۶) المبسوط ۸: ۱۶۲.

(۷) المبسوط ۸: ۱۶۲.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۳۰۶

الأوليين أيضا إن لم يثبت الإجماع على الجواز فيهما.

و ذهب الفاضلان و الشهيدان و فخر المحقّقين «۱» و غيرهم من المتأخّرين و متأخّريهم «۲»- بحيث يكاد أن يكون ذلك إجماعا منهم- إلى الجواز، و نسبه فى المسالک «۳» و غيره «۴» إلى المشهور.

نعم، يستشمّ من الدروس التوقّف «۵»، حيث ذكر المسألة و لم يبيّن الترجيح، و هو الظاهر من القواعد أيضا، حيث قال: و إن كان حاضرا على رأى «۶».

و كيف كان، فدليل المشهور ما مرّ من العموم و الخصوص.

و استدلّ أيضا بالخبر المستفيض عنه صلّى اللّه عليه و آله- كما قيل «۷»- الوارد فى حكاية زوجة أبى سفيان «۸».

و فيه: أنّ الظاهر منه أنّه من باب الاستفتاء و الإفتاء دون الحكم، لقولها: أ يجوز أن آخذ من ماله؟ و لعدم تحقّق طلب بيّنة عنها، و لا يمين، و لا غيرهما من لوازم القضاء.

---

(۱) المحقّق فى الشرائع ۴: ۸۶، المختصر: ۲۸۵، الفاضل فى التحرير ۲: ۱۸۷، و التبصرة: ۱۸۹، الشهيدان فى اللمعة و الروضة ۳: ۱۰۳، و المسالک ۲: ۳۷۰، فخر المحقّقين فى الإيضاح ۴: ۳۵۹.

(۲) كالسبزوارى فى الكفاية: ۲۶۹. و الكاشانى فى المفاتيح ۳: ۲۵۳، و الفاضل الهندى فى كشف اللثام ۲: ۳۴۷.

(۳) المسالک ۲: ۳۷۰.

(۴) كالكفاية: ۲۶۹.

(۵) الدروس ۲: ۹۱.

(۶) القواعد ۲: ۲۱۶.

(۷) انظر المسالک ۲: ۳۷۰.

(٨) صحيح مسلم ٣: ١٣٣٨.

مستند الشيعة فی أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٣٠٧

و قوله صلّی اللّه عليه و آله: «خذی ما يكفيك» و إن كان ظاهرا فی الحكم إلّا أنّه يحمل علی إرادة جواز الأخذ، بقرينة ما ذكر.

هذا، مع أنّه لا دليل علی حضور أبی سفيان فی البلد، أو عدم امتناعه، أو تعذّره من الحضور.

و لا- إطلاق فيه، لكونه قضية فی واقعة، فلا يتمّ الاستدلال به و لا بالعموم، لما مرّ من المخصّص، بل و لا خصوص مجوّزات الحكم علی الغائب، لما يأتی.

احتجّ الشيخ بأنّ القضاء علی الغائب ضرورة يقتصر فيها علی موضع الحاجة «١».

و الأردبيلی: بأنّه إدخال الضرر علی الغائب، إذ قد يتعذّر عليه إقامة الحجّة بعد الحكم، و علی تقديرها قد يتعذّر عليه استيفاء الحقّ من الخصم، أو الكفيل، لموت أو فقر.

و مرجع الأول إلی الأصل، و الثانی إلی قاعدة نفی الضرر.

و الأول: يندفع بالدليل.

و الثانی: يخرج عنه أيضا به، مع أنّ ترك القضاء أيضا قد يكون ضررا علی المدّعی. و أيضا لو كان إيجاب الحكم لتعذّر إقامة الحجّة لا وجه له و لو سلّم فهو نادر، و الضرر الحاصل من تعذّر الاستيفاء- لو كان- إنّما هو من جهة دفع المال دون القضاء.

و قد يستقرب العدم بضعف الخبرين «٢» سندا و دلالة.

أمّا الأول فظاهر.

---

(١) المبسوط ٨: ١٦٢.

(٢) أی مرسلة جميل و رواية محمد المتقدّمتان فی ص: ٣٠٤.

مستند الشيعة فی أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٣٠٨

و أمّا الثانی فلعدم ظهور الخبرين فی الحاضر فی البلد الغير المتعذّر حضوره، و لعلّه لأجل ظهور قوله: «قدم» فی المسافر، و كذا الحاجة إلی دفع المال و أخذ الكفيل، مع أنّ الغائب يحتاج إلی متعلّق مقدّر، فهو إمّا البلد أو المجلس، فيحصل فيه الإجمال الموجب للاقتصار علی المتيقّن.

و لو منع احتياجه إلی المتعلّق و جعل لفظه مستعملا فی الشخص الغير الحاضر لصار أشكل، لمنع صدقه عرفا علی من فی البلد.

و الجواب: أمّا عن ضعف السند فقد مرّ.

و أمّا عن ضعف الدلالة: فيمنع ظهور لفظ: «قدم» فی المسافر لغة، بل يصدق علی قدوم المجلس أيضا، و دفع المال و أخذ الكفيل يمكن تحقّقه كثيرا فی الحاضر فی البلد أيضا، و الغائب مطلق كالأكل، فلا يحتاج إلی متعلّق خاصّ، فيتحقّق كلما تحقّقت الغيبوبة. إلّا أنّه يمكن أن يقال:

إنّه ليس المراد مطلق الغيبوبة كالأكل، إذ كلّ شخص غائب عن غير موضع واحد، فالمراد: الغائب عن موضع خاصّ، و لا دليل علی أنّه مجلس الحكم، فيدخله الإجمال المسقط للاستدلال. و لا يبقی دليل علی جواز الحكم علی مثل ذلك الغائب، و قد عرفت حال عمومات الحكم.

فإذن قول الشيخ هو الأظهر و عليه العمل، (و جانب العدم أحوط) «١».

المسألة الثانية: يكفی فی جواز القضاء عليه إقامة البيّنة عليه، و لا يحتاج إلی يمين

. و ذهب جماعة «٢»- منهم الوالد العلّامة- إلى إحلاف المدّعى، بل ادّعى عليه الشهرة، و قد مرّ دليلهم بجوابه فى بحث الدعوى على الميّت.

---

(١) بدل ما بين القوسين فى «ح»: و إن كان مراعاة جانب العدم أحوط.

(٢) كالسبزوارى فى الكفاية: ٢۶٩.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٣٠٩

المسألة الثالثة: إذا حكم على الغائب فهل يدفع إلى المدّعى المدّعى به، أم لا؟

المعروف من مذهب الأصحاب: نعم، و يدلّ عليه الخبران «١».

و هل هو على الوجوب بعد طلب المدّعى، أم الجواز؟

الخبران لا يثبتان أزيد من الجواز، فهو الوجه.

و أمّا عمومات النهى عن المنكر و نحوها فلا تفيد هنا، إذ مع بقاء الغريم على الحجّة و عدم الإحاطة بما يحتجّ به لا يعلم منكر، و لا حقّ ثابت بلا كلام حتى يجب استيفاؤه.

و هل يتوقّف جواز الدفع على أخذ الكفيل، كما ذهب إليه الشيخ فى النهاية و القاضى و الحلّى على ما حكى عنهم، و المحقّق فى كتابيه «٢»، و جمع من المتأخّرين «٣»، منهم الوالد العلّامة؟

أم لا، كما حكى عن ابن حمزة «۴»؟ بل هو مذهب كلّ من أوجب اليمين هنا، فاكتفوا بالتحليف عن التكفيل.

الحقّ هو: الأول، للخبرين المتقدّمين، و لكنّ التكفيل فيهما مقيّد بعدم كون المدّعى مليّا، فمع ملاءته لا تكفيل، و هو كذلك، لذلك.

و ظاهر أنّ علّة التكفيل و التقييد إنّما هى دفع الضرر عن الغريم لو ثبت استحقاقه الاسترداد، و على هذا فيجب أن يكون الكفيل من يسهل الاستيفاء عنه، و كذلك الملاءة، فلو كان مليّا و لكن كان المال المحكوم به له خطيرا

---

(١) أى مرسلة جميل و رواية محمّد، المتقدّمتان فى ص ٣٠۴.

(٢) النهاية: ٣۵٢، و حكاه عن القاضى فى الرياض ٢: ۴١۴، الحلّى فى السرائر ٢:

٣۴، المحقّق فى الشرائع ۴: ٨۵، و النافع: ٢٨۵.

(٣) كابن سعيد فى الجامع للشرائع: ۵٢٧، و العلّامة فى القواعد ٢: ٢١۶.

(۴) الوسيلة: ٢١۴.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٣١٠

زائدا عن قدر ملاءته لا يكتفى بها.

و بالجملة: مقتضى العلّة المستفادة: تحصيل الوثوق بسهولة الاستيفاء و دفع الضرر عن الغريم لو تمّت حجّته.

المسألة الرابعة: جواز الحكم على الغائب يختصّ عندنا- كما قيل «١»- بحقوق الناس مطلقا

، مالا كانت أو عقدا أو غيرهما، دون حقوق اللّه المحضة، فلا يجوز الحكم فيها على الغائب، و قيل: الظاهر أنّه إجماعىّ «٢»، و صرّح والدى فى المعتمد بالإجماع عليه.

و يدلّ عليه- بعد ظاهر الإجماع- الأصل، و قوله: «ادرءوا الحدود بالشبهات» «٣» فإنّ احتمال إقامة الغائب الحجّة شبهة و أىّ شبهة؟! و

شمول العمومات لحقوق اللّه غير معلوم، سيّما ما تضمّن منه مثل قوله: «احكم بين الناس» و: «بينهم» و: «اقض لهم» «۴».

و أمّا الخبران و إن كانا شاملين لها إلّا أنّهما يعارضان رواية قرب الإسناد «۵» المنجبرة فى المورد، فإمّا ترجّح- لمرجوحيّة الخبرين بمخالفة العمل فيه أو يتساقطان، فيرجع إلى الأصل، مع أنّ نفس مخالفتهما للعمل فى المورد يسقط حجّيتهما فيه.

و إذا كانت الدعوى فيما يتضمّن الحقّين- كالسرقة- فالمشهور فيه أيضا أنّه يحكم على السارق بغرامة المال بعد الثبوت، بخلاف القطع،

---

(۱) انظر الرياض ۲: ۴۱۵.

(۲) غنائم الأيام: ۶۸۸.

(۳) الفقيه ۴: ۵۳- ۱۹۰، الوسائل ۲۸: ۴۷ أبواب مقدّمات الحدود و أحكامها العامّة ب ۲۴ ح ۴.

(۴) انظر الوسائل ۲۷: ۲۲۹ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۱.

(۵) المتقدّمة فى ص: ۳۰۴.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۳۱۱

فيصبر حتّى يحضر فيثبت عليه، و لا منافاة بين الحكمين، و هو كذلك، و يظهر وجهه ممّا مرّ.

و تردّد المحقّق فى الشرائع «۱»، و وجه العدم هو كونهما معلولين لعلّة واحدة، فلا ينفكّان.

و يدفعه: أنّ كون السرقة علّة تامّة للقطع ممنوع، بل هو مع حضور المدّعى عليه.

و قد يعتذر بأنّ علل الشرع معرّفات، و لا مانع عن تخلّفها عن المعلول، كما لو أقرّ بالسرقة مرّة فتثبت الغرامة دون القطع، و كذا لو أقرّ المحجور عليه بالمال فيثبت الحكم فى القطع دون المال.

و فيه: أنّ المعرّف معناه: أن يعرّف العالم بالأحكام المستأهل لمعرفتها ثبوت الحكم بسبب وجوده، فلا يتخلّف عنه. و اللّه العالم.

المسألة الخامسة: قد دلّ الخبران و صرّح الأصحاب: بأنّ الغائب المحكوم عليه على حجّته

، فإذا حضر فادّعى فسق الشهود، أو الردّ، أو الإبراء، أو تحقّق رضاع محرّم فى دعوى النكاح، أو عدم أهليّة الحاكم، أو وجود بيّنة معارضة لبيّنة، أو غير ذلك من الحجج، يحكم له بمقتضاه.

و هل يشترط أن تكون إقامة الحجّة عند الحاكم الأول، أو يجوز له إقامتها عند حاكم آخر؟

الظاهر هو: الثانى، للأصل، إلّا فى جرح الشهود و تعارض البيّنات، لأنّهما من تتمّة الحكم الأول، و لم يثبت جواز إتمام حكم واحد من حاكمين، و لا حجّية الجرح الثابت عند أحدهما، و لا الشهادة المؤدّاة عنده

---

(۱) الشرائع ۴: ۸۶.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۳۱۲

على الآخر.

و الحاصل: جواز الإقامة عند الغير إذا كانت الحجّة دعوى أخرى طارئة على الاولى، و عدمه إذا كانت نقضا فى الدعوى الاولى.

نعم، الظاهر أنّه يجوز لهما بعد حضور الخصم إعادة الترافع عند الغير، فتقام الحجّة عنده بعد إقامة المدّعى حجّته، لأنّ القضاء الأول غير تامّ بعد، فيجوز تركه و الرجوع إلى الغير، و لذا يؤخذ الكفيل.

و على هذا، فلو مات الحاكم الأول أو سافر سفرا يتعسّر الوصول إليه قبل إقامة الغريم حجّته بجرح الشهود أو معارضة البيّنة يعيدان

المرافعة عند حاكم آخر، فتأمّل. و اللّه العالم.

مستند الشيعة فی أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۳۱۳

الفصل الرابع فيما إذا كان المدّعى عليه أو المدّعى أو كلاهما غير صاحب الحقّ

اشارة

و فيه بحثان:

البحث الأول فيما إذا كان المدّعى عليه المخاصم مع المدّعى غير الغريم الذى تعلّق الحقّ به لو كان

اشاره

و هو إمّا يكون وارثا للغريم، أو مملوكا، أو وكيلا له، أو وليّا بالأبوّة، أو الوصاية، أو الحكومة، أو القيمومة. فهاهنا مسائل:

المسألة الأولى: إذا كان المدّعى عليه وارثا للغريم

اشاره

، فيشترط فی سماع دعواه أمران:

أحدهما: ثبوت موت المورّث.

و الثانی: تخلّف مال عنه تحت يده.

فإن اعترف المدّعی بانتفاء الأمرين لم تسمع الدعوى، لكونها لاغية.

و إن اعترف الوارث بهما سمعت الدعوى قطعا.

و إن اختلفا فيهما أو فی أحدهما فتحصل حينئذ ثلاث دعاو أو دعويان: دعوى الأمرين، أو أحدهما، و دعوى المال. و يبدأ بأيّ من الثلاثة أراد، لعدم دليل على تقديم أحدها.

و قد يتراءى هاهنا إشكال، و هو أنّ هذه الثلاثة ليست بدعوى واحدة،

مستند الشيعة فی أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۳۱۴

لجواز تغاير أحكامها، فتثبت إحداها بالبيّنة، و الأخرى بالشاهد و اليمين، و الثالثة باليمين المردودة و بالشاهدين و اليمين، أو تثبت اثنين منها و يتصالحان فی الأخيرة، فهی دعاو متعدّدة، و صحّة كلّ منها- أی صحّة سماعها- متوقّف على ثبوت الأخرى الموقوف على صحّتها، و كونها مسموعة أيضا يتوقّف على صحّة الأخرى.

و دفعه: أنّ سماع كلّ منها موقوف على احتمال تحقّق المدّعى به فيها و فی الأخريين، و هو متحقّق غير متوقّف على شیء، و فائدة كلّ منها التسلّط على أخذ المال بعد تمام الدعاوى الثلاث، أو رفع تسلّطه على الوارث. و بذلك تفترق الدعوى على الوارث عن الدعوى على المورّث بأنّ الأخيرة دعوى واحدة غير متوقّف مقتضاها على شیء آخر، بخلاف الدعوى على الوارث. و قد تفترق أيضا بأنّ اليمين فی الدعوى مع المورّث على البتّ فی نفی المدّعى به، و هنا على نفی العلم.

و فيه: أنّ المورّث أيضا إن قال: لا أدری، و ادّعى المدّعى علمه يحلفه على نفی العلم، كما أنّ الوارث أيضا إن ادّعى نفی المدّعى به.

و هو أمر ممكن، كما إذا ادّعى ثمن الضيعة الفلانيّة على المورّث، و علم الوارث أداءه فى حضوره، أو قال: إنّى أقرضت مورّثك المبلغ الفلانى فى اليوم الفلانى فى المكان الفلانى، و علم هو انتفاءه، يحلف على البتّ فى نفى المدّعى به، كما صرّح به بعض فضلائنا المعاصرين أيضا «١».

و لا دليل على أنّ يمين الوارث منحصر فى يمين نفى العلم، فتأمّل.

---

(١) المحقّق القمى فى رسالة القضاء (غنائم الأيام): ۶۹۲.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٣١۵

فرعان:

أ: لو حلف الوارث على نفى العلم، فهل تسقط دعوى المدّعى فى أصل الحقّ

و إن حصلت له بيّنة بعد و أراد إقامتها، أم لا؟

قال بعض المعاصرين: فيه نظر، و الحقّ: أنّ الأدلّة المتقدّمة لا دلالة فيها على ما نحن فيه، و لا يبعد سماع البيّنة حينئذ «١». انتهى.

أقول:

ما نفى البعد عنه قريب جدّا، بل هو كذلك، لأنّ المستفاد من الأدلّة الدالّة على سقوط الحقّ باليمين ليس إلّا سقوط ما حلف على نفيه، و هو العلم فيما نحن فيه، بل صرّح بذلك فى صحيحة ابن أبى يعفور، و فيها: «و كانت اليمين قد أبطلت كلّ ما ادّعاه قبله ممّا قد استحلفه عليه» «٢».

نعم، لو أراد إقامة البيّنة بعده على إثبات علمه بإثبات إقراره و نحوه لا تسمع.

ب: لو ردّ الوارث المدّعى عليه العلم باليمين، فهل يتعيّن عليه الحلف على علمه،

أو يكفى الحلف على ثبوت الحقّ، فقد يسهل على المدّعى الحلف عليه دون الحلف على علم الوارث؟

قال بعض المعاصرين: الظاهر أنّ الخيرة بيد الحالف لا المحلف، فيجوز له الحلف على ثبوت الحقّ «٣».

---

(١) غنائم الأيام: ۶۹۲.

(٢) الكافى ٧: ۴١٧- ١، الفقيه ٣: ٣٧- ١٢۵، التهذيب ۶: ٢٣١- ۵۶۵، الوسائل ٢٧: ٢۴۴ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٩ ح ١.

(٣) غنائم الأيام: ۶۹۲.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٣١۶

أقول:

فيه نظر، بل الحقّ تعيّن الحلف على العلم، لأنّ الحلف أمر توقيفى، و لم يثبت جواز حلف المدّعى إلّا مع الردّ، و الردّ لا يكون إلّا على إثبات ما توجّه على المنكر، فكما لا يجوز للمدّعى إحلاف الوارث النافى للعلم إلّا بنفى العلم، فبعد ردّه لا يجوز له الحلف إلّا بإثبات العلم، لأنّ مخيّرة ليس ما ردّه.

و منه يظهر أنّه ليست الخيرة بيد المحلف أيضا، بل تتعيّن شرعا.

و أمّا ما مرّ فى بحث الحلف من جواز حلف المنكر على نفى الأعمّ مع دعوى الأخصّ، فلكون الأخصّ مندرجا تحت الأعمّ و مستلزما

له، و لیس كذلك المورد، فإنّ ثبوت الحقّ واقعا لا یستلزم علم الوارث.

المسألة الثانیة: إذا كان المدّعی علیه مملوكا، فهل الغریم هو أو مولاه؟

اختلف كلام الأصحاب فیه، فقال المحقّق فی الشرائع: الغریم مولاه، سواء كانت الدعوی فی المال أو الجنایة «۱». بمعنی: أنّه إذا أقرّ المملوك لم یسمع، بل یترتّب الأثر علی إقرار مولاه، فیؤخذ بإقراره المال المدّعی علی المملوك أصالة أو بواسطة الجنایة خطأ. و لو أنكر المملوك لا یترتّب علیه أثره من الیمین و ردّها و القضاء مع النكول أو مع ردّ الیمین، و أنّ ذلك كلّه إلی المولی.

و كذا القصاص، فإنّه لا یقتصّ منه بإقراره، بل یقتصّ منه بإقرار مولاه بالموجب. و كذا لو ثبت المدّعی بالبیّنة. و یتوجّه الیمین علی المولی.

و بالجملة: المدّعی علیه فی الدعوی علی المملوك هو المولی

---

(۱) الشرائع ۴: ۹۰.

مستند الشیعة فی أحكام الشریعة، ج۱۷، ص: ۳۱۷

لا المملوك مطلقا، و إلیه ذهب الفاضل فی التحریر و الإرشاد و القواعد «۱».

إلّا أنّ فی الأخیر قرّب توجّه الیمین فی موردها علی العبد، و مع نكوله عنها تثبت الدعوی فی ذمّته، یتبع بها إذا أعتق.

و فی باب الإقرار منه حكم بعدم قبول إقرار العبد علی نفسه مطلقا، لكن یتبع بالمال بعد العتق، و حكم بعدم قبول إقرار المولی علیه مطلقا، لكن فی الإقرار علیه بالجنایة یجب المال و یتعلّق برقبته «۲».

و عن الشیخ فی المبسوط: إنّ الغریم فی الجنایة الموجبة للقصاص العبد مطلقا، و فی موجب المال المولی كذلك «۳».

و قال فی المسالك: إنّ الأقوی أنّ الغریم كلّ واحد من العبد و المولی، فإن وقع النزاع مع العبد لم ینفذ إقراره معجّلا مطلقا، و ثبت بعد العتق مطلقا، فیتبع بالمال و تستوفی منه الجنایة.

و إن أنكر و حلف انتفت عنه الدعوی مطلقا، و إن ردّها أو نكل اتبع بموجبها بعد العتق كما لو أقرّ.

و إن وقع النزاع بینه و بین المولی- سواء كان قد وقع بینه و بین العبد أم لا- فإن أقرّ بالمال لزم مقتضاه معجّلا فی ذمّته، أو متعلّقا برقبة العبد علی حسب موجب الدعوی.

و إن أقرّ بالجنایة لم یسمع علی العبد بالنسبة إلی القصاص، و لكن یتعلّق برقبة المجنیّ علیه بقدرها، فیملكه المقرّ له إن لم یفدها المولی «۴».

---

(۱) التحریر ۲: ۱۹۰، القواعد ۲: ۲۱۱.

(۲) القواعد ۱: ۲۷۸.

(۳) المبسوط ۸: ۲۱۵.

(۴) المسالك ۲: ۳۷۴.

مستند الشیعة فی أحكام الشریعة، ج۱۷، ص: ۳۱۸

و استشكل فی الكفایة- بعد نقل قوله- فی قوله: بعدم نفوذ إقراره معجّلا- مطلقا، علی القول بأنّ العبد یملك شیئا، أو علی بعض الوجوه.

و كذا فی قوله: إن ردّها أو نكل اتبع بموجبها بعد العتق، علی القول المذكور. و كذا فی قوله: و إن وقع النزاع بینه و بین المولی، فإن

أقرّ بالمال لزم مقتضاه معجّلا فی ذمّته، أو متعلّقا برقبة العبد «۱». انتهی.

و قال المحقّق الأردبيلی- بعد نقل القول الأول-: و فيه تأمّل ظاهر، إذ قد يمنع لزوم المال علی السيّد بمجرّد إقرار أنّ مملوكه أتلف مال الغير أو أخذه، و أيضا قد يترتّب علی إقراره أثر، بأن يتبع بعد العتق.

نعم، لو كان المدّعی مالا موجودا فی يد المولی صحّ ذلك.

و كذا فی القصاص، فإنّه قد يترتّب علی إقراره أثر، بمعنی: أنّه إذا أقرّ بالموجب و أنكر السيّد يجب عليه القصاص بعد العتق.

و أيضا إثبات القصاص عليه بالفعل مع إنكاره و عدم البيّنة بمجرّد إقرار السيّد مشكل جدّا، فإنّ للعبد أيضا حقّا، كيف و هو المتألّم؟!

نعم، يمكن أن يتملّك المجنیّ عليه منه حينئذ بقدر الجناية.

و أيضا كيف يتوجّه اليمين إلی السيّد مع إنكاره و إقرار العبد، و يحلف علی نفی فعل الغير مع إقرار الغير به؟! نعم، يمكن الإحلاف علی نفی العلم، و كأنّه المراد. انتهی.

أقول:

إنّ ما استشكله فی الكفاية علی قول صاحب المسالك- علی القول بتملّك العبد- فهو فی موقعه جدّا، و كذا كثير ممّا أورده الأردبيلی علی القول الأول.

---

(۱) الكفاية: ۲۷۱.

مستند الشيعة فی أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۳۱۹

و كذا يشكل ما ذكروه من أخذ العبد بالإقرار حين الرقّية بعد العتق.

و تحقيق الكلام: إنّ الدعوی علی العبد- سواء كان هو المخاطب بالدعوی أو المولی- إمّا ماليّة، أو بدنيّة، أو غيرهما.

فإن كانت ماليّة، فإمّا يتبعها إقرار أو لا، فإن تبعها الإقرار فإمّا يكون هو إقرار المولی، أو العبد، أو هما.

فإن أقرّ المولی خاصّة، فتتفرّع المسألة علی أنّ الحقوق الماليّة المتعلّقة بالعبد هل تتعلّق بالمولی مطلقا، أو علی القول بعدم تملّك العبد شيئا؟

فإن ثبت ذلك ينفذ الإقرار فی حقّ المولی، لأنّه إقرار علی نفسه، و إلّا فلا يثبت شیء علی المولی و لا علی العبد مطلقا.

و إن أقرّ العبد خاصّة فلا ينفذ إقراره فی حقّ المولی مطلقا، للأصل.

و لا فی حقّ نفسه، علی القول بعدم تملّكه و تعلّق ما يتعلّق بسببه بالمولی، لا فی حال الرقّية و لا بعد العتق، أمّا حال الرقّية فظاهر، و أمّا بعدها فلأنّ علی ذلك ليس إقرارا علی نفسه حتی تكون الرقّية مانعة عن نفوذه فيؤثّر بعد رفع المانع، بل إقرار فی حقّ الغير، و لذا لو أقرّ المولی حينئذ ثبت الحقّ عليه، و لا معنی لثبوت حقّ واحد علی شخصين، و أيضا تعلّقه علی العبد بعد العتق فرع كونه إقرارا علی نفسه، و كونه كذلك فرع تعلّقه عليه بعد العتق، و هذا دور.

و أمّا علی القول بتملّكه و تعلّق الحقوق بنفسه فينفذ إقراره فی حقّه.

فإن أقرّا معا فالنافذ إقرار المولی علی نفسه إن قلنا بعدم تملّك العبد و تعلّق الحقوق بالمولی، و يلغی إقرار العبد، و إقرار العبد علی القول الآخر و يلغی إقرار المولی.

مستند الشيعة فی أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۳۲۰

و إن لم يتبع الدعوی إقرار أصلا، فإمّا تكون للمدّعی بيّنة أو لا.

فإن كانت له بيّنة يثبت الحكم المشهود به علی المولی إن قلنا بتعلّق الحقوق الماليّة بسبب العبد علی المولی و عدم تملّك العبد، و علی العبد إن قلنا بتملّكه و تعلّق الحقوق بنفسه، و عليه بعد العتق إن لم يثبت تعلّقها بالمولی و قلنا بعدم تملّكه.

و إن لم تكن له بيّنة فالحلف على من ينفذ إقراره كما مرّ، و النكول كالإقرار.

و إن كانت الدعوى بدنيّة- حبسا، أو ضربا، أو جرحا، أو قتلا- فتثبت بالبيّنة، و بإقرارهما معا، و بإقرار أحدهما و نكول الآخر، أو ردّه الحلف و حلف المدّعى، و لا يثبت بإقرار أحدهما خاصّة شيء، و لا بنكوله و لا بيمينه المردودة شيء أصلا، حتى على العبد بعد عتقه، لأنّ حال الرقّية ليس إقرارها على نفسه محضا.

و إن كانت الدعوى غير الماليّة و البدنيّة- كالطلاق- فهو كسائر من يدّعى عليه إن لم يكن له تعلّق بالمولى. و اللّه العالم.

المسألة الثالثة: لو كان المدّعى عليه وكيلا لصاحب الحقّ

- و منه الأمين فى المعاملات- أو وليّا له بأحد وجوه الولاية، فلو أثبت المدّعى حقّه بالبيّنة أو الشاهد و اليمين يحكم له، و إلّا فلا يفيد إقرار المدّعى عليه، لأنّه فى حقّ الغير، و لا يحلف، إذ لا حلف للغير، و لأنّ الحلف إنّما يكون فيما يثبت الحقّ بترك الحلف بالإقرار أو النكول، و ليس كذلك فى حقّ الغير.

و ليس له ردّ الحلف إلّا فى الوكيل إذا كان وكيلا فى ذلك أيضا عموما أو خصوصا، لما مرّ فى بحث يمين المنكر فى المسألة السادسة، و لأنّه

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٣٢١

ليس للوكيل و الوليّ إلّا الإتيان بمصلحة الموكّل و المولّى عليه، و لا مصلحة فى ردّ الحلف.

و لا يترتّب أيضا على جوابه- بأنّه ليس لموكّلى، أو لمن لى الولاية عليه- ما يترتّب على جواب صاحب الحقّ بذلك، لأنّه إقرار على الغير.

فإن قيل: فعلى هذا فما فائدة مطالبة الجواب عن الوكيل و الولى؟ بل ما فائدة الدعوى عليهما؟! بل يحكم حينئذ للمدّعى كما يحكم على الغائب له.

قلنا: فائدته أنّه لعلّه يجيب بإبراء، أو ردّ، أو نقل و يثبته، أو يستحلف إن كان وكيلا فيه. و كذا يظهر فى جرح الشهود و تعارض البيّنات و نحوها.

و يظهر من ذلك أنّه لو باع أمين شخص شيئا منه لزيد، فادّعى زيد بعده العين، أو اشتراط خيار فى العقد، أو نحوهما، و لا بيّنة، لا تسلّط له على حلف الأمين. و كذا لو اشترى له.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٣٢٢

البحث الثانى فيما إذا كان المدّعى غير صاحب الحقّ

اشاره

و فيه أيضا مسائل:

المسألة الاولى: لو كان المدّعى وكيل صاحب الحقّ، و كان هو غائبا، و أقام الوكيل البيّنة له، و ثبتت دعواه

اشاره

، فقال الغريم: أبرأنى صاحب الحقّ، أو: وفيته حقّه، و أراد التأخير إلى حضور الموكّل و استحلافه، ففى إلزامه على الحقّ أو تمكّنه

وجهان:

الأول: مختار الشرائع و التحرير- و إن احتمل فيه التوقّف أخيرا- و القواعد و الإرشاد و الإيضاح «١» و غاية المراد و المحقّق الأردبيلى و المعتمد، و بعض المعاصرين «٢»، و مال إليه فى المسالك «٣»، و حكى عن القفال من العامّة «۴».

و هو الأقرب، لثبوت الحقّ على الغريم، و لا يبطل بالاحتمال المخالف للأصل.

قيل:

و لأنّ دعوى الغريم على الموكّل فلا تسقط دعوى آخر به، و لأنّ ذلك يوجب انتفاء فائدة التوكيل، لإمكان هذه الدعوى لكلّ خصم، و هو- مع أنّه خلاف المعلوم من المذهب- مستلزم للعسر و الحرج «۵».

---

(١) الشرائع ۴: ٨۶، التحرير ٢: ١٨٧، القواعد ٢: ٢١۶، الإيضاح ۴: ٣۵٨.

(٢) غنائم الأيام: ۶٨٩.

(٣) المسالك ٢: ٣٧١.

(۴) حكاه عنه فى المسالك ٢: ٣٧١.

(۵) غنائم الأيام: ۶٨٩.

و فيهما نظر، أمّا الأول فلرجوع الدعوى إلى الوكيل أيضا بعدم استحقاقه الأخذ لأجل إبراء موكّله أو أخذه، بل الدعوى معه حقيقة و ما تشبّث به مستند دعواه.

و أمّا الثانى، فلأنّ مجرّد الإثبات أيضا فأيده عظيمة، إذ لعلّ الموكّل لا يتمكّن منه بعد ذلك.

و لم أعثر على مصرّح بالوجه الثانى، نعم ظاهر الكفاية التوقّف «١»، و ليس لهذا الوجه دليل تامّ.

و هل يسلّم المال إلى الوكيل مع الكفيل، أو بدونه؟

استقرب الأردبيلى الأول، لأنّ فيه جمعا بين الحقّين.

و الوجه: الثانى، للأصل، و عدم ثبوت حقّ للغير يلزم جمعه.

هذا إذا لم يكن الوكيل وكيلا مطلقا، أو فى خصوص دعوى الإبراء أو الدفع أيضا، و إلّا فاللازم عدم إلزامه الغرامة حتى تتمّ الدعوى الثانية، كذا قيل «٢».

و هو حسن إن لم يعزل نفسه بعد إثبات الدعوى الأولى، إلّا أنّه لو عزل لم يتسلّط على المطالبة أيضا، إلّا أن يقال بجواز عزله فى بعض ما وكّل فيه.

هذا كلّه إذا لم يصبر الوكيل، و إلّا فيجوز له التأخير عن أصل الدعوى و عن المطالبة، لعدم لزوم فعل ما وكّل فيه عليه، إلّا أن يكون قد أوجب على نفسه بوجه من الوجوه، فتأمّل.

ثمّ إنّ إلزام الغريم على دفع المال إنّما هو إذا كان الوكيل وكيلا فى

---

(١) الكفاية: ٢۶٩.

(٢) غنائم الأيام: ۶٨٩.

الأخذ أيضا، و إلّا فيكتفى بإلزامه الغريم على إيصال المال إلى مالكه.

فرع:

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة ج١٧ ٣٢۴ فرع: ..... ص : ٣٢۴

مرّ سابقا سماع دعوى الوكيل بالوكالة الادّعائيّة، فإن أثبت دعواها بالبيّنة يحكم بها، و لكن لا يردّ إليه المال و لو ادّعى الوكالة فى أخذه، لعدم الدليل. و إن لم يثبت بالبيّنة فله إحلاف الغريم، لعمومات اليمين على المنكر. فإذا جاء صاحب الحقّ، فإن قبل الوكالة فهو، و إلّا فإن اتّفق الثلاثة على عدم التوكيل لغى الحكم، و إن اختلفوا فهى دعوى اخرى يحكم فيها بمقتضى الشريعة.

فإن قيل:

اليمين حقّ لصاحب الحقّ، فلا يجوز لغيره مطالبته و إسقاطه بلا دليل- كالمال- سيّما إذا أنكر الغريم الوكالة.

قلنا:

هو يطلب حقّ نفسه، لأنّ الوكيل- و لو كان ادّعائيّا- حقّا على الغريم من جهة عمومات البيّنة و الحلف و الحكم، فهذا الحلف حقّ له من جهة كونه مدّعيا، فيطالبه، فإن قبله صاحب الحقّ فهو، و إلّا فله المطالبة أيضا، فتأمّل.

المسألة الثانية: لو كان صاحب الحقّ فى زمن الغيبة الإمام الغائب عليه السّلام،

كأن يكون لميّت لا وارث له مناسبا دينا على غيره، أو اعترف أحد حال حياته بالاشتغال بالمظالم المجهول مالكها- على القول بكونها مالا للإمام، أو علم اشتغاله بها من جهة أخرى، أو علم ذلك على حيّ- فإن كان النائب العامّ عالما بالدين و المظالم و ببقائهما و كذّب المنكر فله الحكم بوجوب الأداء و مطالبته منه و أخذه، لا من باب القضاء و الترافع، بل من باب الأمر بالمعروف و نحوه ممّا مرّ فى بحث حكم الحاكم بعلمه، و لكن حصول مثل ذلك العلم له نادر جدّا.

فإن أنكر الغريم و لم يتمكّن النائب العالم عن استيفاء الحقّ عن الإمام

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٣٢۵

بنفسه ترافع معه بنصب وكيل أو نائب آخر، فإن أقام البيّنة حكم له، و إلّا فله حلفه إن رأى المصلحة للحقّ، و له ترك الدعوى مع المصلحة، و له المصالحة معها أيضا.

و إن لم يعلم به النائب، فإن كانت هناك بيّنة فللنائب الادّعاء الظنّى، فيترافعان عند حاكم آخر- لعدم دليل على نفوذ حكمه فيما ادّعاه بنفسه- أو يوكّل غيره من جانب الإمام لا من جانب نفسه، فيترافع ذلك الغير و المدّعى عليه عنه ذلك الحاكم، و يحكم بمقتضاه.

فإن ثبت بالبيّنة فيحكم، و إلّا فله إحلافه بالظنّ الحاصل من البيّنة الغير المقبولة، أو الشاهد الواحد، أو كونه فى روزنامجته «١»، أو غير ذلك.

فإن حلف سقطت الدعوى، و إن نكل ثبت عليه الحقّ، و لا ردّ هنا.

و إن اعترف بالحقّ و ادّعى الأداء فعليه الإثبات، و إن لم يثبت فعليه الأداء، لأدلّة النكول، من دون يمين على المدّعى، للأصل. و كذا لا يمين على المدّعى إن كان هناك شاهد واحد، بل يتوجّه اليمين على المدّعى عليه، إمّا يحلف فيتخلّص، أو ينكل فيحكم عليه.

ثمّ إنّ الإحلاف فيما له ذلك ليس واجبا مطلقا، بل قد يجب و قد لا يجب، بل قد لا يجوز، و إنّما يتبع ذلك مصلحة حقّ الإمام.

و قال الشيخ فى المبسوط هنا بحبس المدّعى عليه حتى يعترف، أو يحلف «٢». و هو مبنى على عدم حكمه بالنكول، و كذا حكم فى الدروس أيضا «٣».

---

(١) كلمة فارسية تعنى: دفتر المذكّرات اليومية.

(٢) المبسوط ٨: ٢١۴.

(٣) الدروس ٢: ٩٠.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٣٢۶

و استشكل المحقّق فى الشرائع فيه بأنّ الحبس عقوبة لم يثبت موجبها «١».

و استوجه فى المسالك القضاء بالنكول «٢»، و لو لم يقل به فى غير ذلك الموضع.

و إن كان المال المدّعى أنّه للإمام عينا مجهولا- مالكها، و ادّعى أحد أنّها له، فيحكم بها له، إذ كلّ عين ادّعاها أحد و لم يعرف مالكها فيحكم بها له، و لا يفيد علم الحاكم أو الشاهد، لأنّ غايته أنّهما لا يعرفان مالكها.

نعم، لو فرض علمهما بكذبه أنّه مالكها بوجه من الوجوه فيفيد، و لكن من أين يحصل ذلك العلم؟!

المسألة الثالثة: لو كان المدّعى وصيّا لميّت و ادّعى وصيّته للمساكين،

فإن أقام البيّنة فيحكم، و إلّا فله إحلاف الوارث، فإن حلف سقطت الدعوى، و إن نكل ثبت الحقّ- كما نقله فى المسالك عن قوم «٣»- لأدلّة ثبوت الحقّ بالنكول، و استوجهه فى المسالك هنا أيضا و إن لم يقل بالحكم بالنكول فى غيره.

و لا ردّ هنا، و لا يمين جزء البيّنة إذا كان هناك شاهد واحد.

و قيل: يحبسهم حتى يحلفوا أو يعترفوا «۴». و إليه ذهب فى المبسوط و الدروس «۵». و لا دليل عليه، و لذا قال فى القواعد فى هذه المسألة و فى

---

(١) الشرائع ۴: ٩٢.

(٢) المسالك ٢: ٣٧۵.

(٣) المسالك ٢: ٣٧۵.

(۴) حكاه فى المبسوط ٨: ٢١۴ بقوله: و قال آخرون يحبس الورثة حتى يحلفوا أو يعترفوا.

(۵) المبسوط ٨: ٢١۴، الدروس ٢: ٩٠.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٣٢٧

سابقتها: إنّ فيه نظرا «١».

و أمّا إحلاف الفقير فلم يقل به أحد، و لا وجه له أيضا، لعدم تعيّن الحقّ لفقير خاصّ.

و لو تعدّد الوارث و اعترف البعض ثبتت حصّته، و يعمل فى الباقى بما مرّ.

و لو كان المدّعى وصيّا على الثلث و ادّعى دينا لميّت، فكذلك أيضا.

و لو كان وصيّا على طفل، فادّعى دينا على رجل و لا بيّنة له، يستحلف الرجل، فإن حلف يسقط، و إن نكل يثبت.

و قيل: إن لم يحلف توقّف الدعوى حتى يبلغ الطفل و يحلف و يحكم له «٢».

و لا وجه له، و إن قال فى المسالك: إنّه الذى يقتضيه مذهبنا.

و يحتمل أن يكون ذلك إشارة إلى مذهبهم فى ردّ اليمين على المدّعى مع النكول، و حينئذ كان للإيقاف وجها، و كذا إذا كان له شاهد واحد كما مرّ.

المسألة الرابعة: قال فى الشرائع و المسالك: إنّه لو كان للميّت دين على آخر

اشاره

، فالمحاکمة و المرافعة فیه للوارث و إن کان علی المیّت دین یحیط بالترکة أو یزید علیها، و لیست المحاکمة حینئذ للغرماء، و استدلّا بأنّ الوارث إما مالک أو قائم مقام المالک «۳».

قال فی المسالک: و علی هذا، فلو توجّه الیمین مع الشاهد أو یردّ الغریم فالحالف هو الوارث و إن کان المنتفع بالمال هو المدین «۴». انتهی.

---

(۱) القواعد ۲: ۲۱۲.

(۲) انظر المسالک ۲: ۳۷۵.

(۳) الشرائع ۴: ۹۲، المسالک ۲: ۳۷۵.

(۴) المسالک ۲: ۳۷۵.

مستند الشیعة فی أحکام الشریعة، ج۱۷، ص: ۳۲۸

و نسب فی الکفایة ذلک إلی الأصحاب، مشعرا بدعوی الوفاق، بل تشعر به نسبة الخلاف إلی بعض العامّیة خاصّیة، قال: لا یحلف لیثبت مالا لغیره.

قالوا: فلو ادّعی غریم المیّت مالا له علی آخر مع شاهد، فإن حلف الوارث ثبت، و إن امتنع الوارث من الحلف لم یکن للغریم الحلف عند الأصحاب، و علّل بأنّ الترکة تنتقل إلی الوارث، أو تکون علی حکم مال المیّت، و علی التقدیرین خارجة عن ملک الغریم. و فیه خلاف لبعض العامّة. و لا یجبر الوارث علی الحلف «۱». انتهی.

و یشعر أیضا کلام المسالک بدعوی الوفاق، حیث قال: و إن امتنع الوارث من الحلف لم یکن للغریم الحلف عندنا، لأنّه لا یثبت بیمینه مالا لغیره «۲».

و قال بعض الفضلاء المعاصرین: الظاهر أنّه لا خلاف فیه بین الأصحاب.

قال فی القواعد فی هذه المسألة: المحاکمة للوارث علی ما یدّعیه لمورّثه و علیه، و لو أقام شاهدا حلف هو دون الدیّان، فإن امتنع فللدیّان إحلاف الغریم، فیبرأ منهم لا من الوارث، فإن حلف الوارث بعد ذلک کان للدیّان الأخذ من الوارث إن أخذ. و هل یأخذون من الغریم؟ إشکال «۳».

انتهی.

أقول:

ما ذکره- و کذا ذکره غیره «۴» أیضا من ثبوت الإحلاف للغریم

---

(۱) الکفایة: ۲۷۳.

(۲) المسالک ۲: ۳۷۷.

(۳) القواعد ۲: ۲۱۲.

(۴) کالفاضل الهندی فی کشف اللثام ۲: ۳۴۲.

مستند الشیعة فی أحکام الشریعة، ج۱۷، ص: ۳۲۹

مع امتناع الوارث عن الحلف- ینافی نفی المحاکمة للغریم مطلقا، بل یثبت له حقّا فیها أیضا و إن قدّم الوارث و خصّ الغریم بالإحلاف دون الحلف.

بل تنظّر شيخنا الشهيد قدّس سرّه فى الدروس فى نفى الحلف عن الغريم أيضا، قال: و لا يمين لإثبات مال الغير، و فيما له به تعلّق نظر- كغريم الميّت إذا أقام له شاهدا بدين، و المرتهن إذا أقام شاهدا بملك الراهن، و امتنع من اليمين- من النفع، و من ثبوت الملك أولا للغير «١». انتهى.

ثمّ أقول أولا: إنّهم- كما ذكر- فرّعوا اختصاص المحاكمة بالوارث و إثبات الحلف له دون الغريم بأنّه لا يمين لإثبات مال الغير، مع أنّه جار فى الوارث أيضا على القول بعدم انتقال التركة إلى الوارث، كما هو الحقّ المشهور، فإنّه على ذلك القول إمّا يكون مال الديّان، أو فى حكم مال الميّت، و على التقديرين ليس مالا للوارث.

و القول- بأنّه ينتقل أولا إلى الوارث ثمّ منه إلى الغريم- قول بلا دليل، كيف؟! و قد قال اللّه سبحانه مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصى بِها أَوْ دَيْنٍ «٢».

و مخالفة ظاهر الآية ببعض الاعتبارات الوهمية لا وجه له.

و القياس على المفلس ضعيف، فإنّ المال ثابت كونه له، و التفليس لم يخرجه من ماله، بخلاف المورد.

و كونه فى حكم مال الميّت لا يجعله مال الوارث.

و كونه قائما مقام الميّت مطلقا ممنوع، سيّما فيما إذا لم ينتقل إليه شيء، و لو سلّم فثبوت جميع أحكامه له ممنوع، و لو سلّم فحلف الميّت

(١) الدروس ٢: ٩٥.

(٢) النساء: ١١.

فى إثبات ما فى حكم ماله لو كان حيّا ممنوع، و إنّما هو لإثبات ماله، مع أنّ عدم الانتقال إلى الديّان أيضا محلّ كلام.

و غاية ما يستدلّون به له أنّهم لو أبرءوا الميّت عن الدين ينتقل المال إلى الوارث، و لا شيء من مال الشخص ينتقل بالإبراء إلى غيره.

و هو استدلال ضعيف، إذ لأحد أن يقول: إنّ الإبراء ليس بناقل، بل هو سبب لبراءة ذمّة الميّت، فهى رافع للمانع عن الانتقال، و سبب الانتقال الإرث الخالى من المانع.

و ثانيا: إنّ المحاكمة و الحلف و الإحلاف لا تختصّ بإثبات المال، بل تجرى فى دعوى الحقوق و التعلّقات أيضا، و من البديهيّات أنّ هذا المال لو ثبت لكان للديّان فيه حقّ و تعلّق و لو كان هو الانتقال إليه بعد النقل إلى الوارث، و هذا أيضا نفع و حقّ يقع فيه النزاع و التحاكم، فتكون المحاكمة و الحلف من الغريم لإثبات حقّ الغريم بنفسه لا حقّ الغير. و إلى ذلك أشار فى الدروس بقوله: من النفع «١».

و ثالثا: إنّ جميع أدلّة سماع الدعوى و إثبات حقّ المرافعة للمدّعى و أدلّة الحلف و الإحلاف و الردّ شاملة للغريم هنا، فلا وجه لرفع اليد عنها، بل فى شمولها للوارث نظر ظاهر، إذ لا يعدّ عرفا فى مثل ذلك المال أنّه حقّ الوارث.

و رابعا: إنّ فى تخصيص المحاكمة و الحلف و الإحلاف بالوارث و عدم اعتناء فيه بالغريم ضررا و إضرارا ظاهرين على الغريم، فإنّ الوارث ربّما لا يحلف و لا يستحلف، بل لا يقيم البيّنة أيضا إذا علم أنّه لا ينتفع

(١) الدروس ٢: ٩٥.

بها، و هو منفيّ فى الشريعة المقدّسة، بل ربّما يكون الوارث غائبا مفقود الخبر، أو صغيرا، أو امرأة غير عالمة بالدين، و الغريم عالم به.

و منه يظهر أنّ الحقّ: أنّ المـدّعى إذا كان الـدين محيطا بالتركـة هو الغريم، و له الترافع و الحلف و الإحلاف، و ما ذكره فى الكفاية و المسالك «۱» ليس صـريحا فى دعوى الإجماع، بل و لا ظاهرا فيه أيضا، و لو كان صـريحا لم تكن فيه حجّية، سيّما مع مخالفة الفاضل و عدم موافقة الشهيد «۲» بل عدم تعرّض كثير من الأصحاب له.

و هل للوارث المحاكمة و الحلف و الإحلاف أيضا، أم تختصّ بالغريم؟

الأـول محتمل أيضا، لنوع تعلّق للوارث به و لو من جهـة إيجاب استيفائه براءة مورّثه، (أو إيجاب إبراء) «۳» من الغريم، للانتقال إليه و استخلاص المال له لو ظهر بعده مال آخر، و كونه فى حكم مال مورّثه، و كون نماؤه- لو كان- زائدا عن الدين له، إلى غير ذلك.

و على هذا، فلو تحاكم الغريم و أخذ المال بالبيّنة أو الحلف لا تسلّط للوارث أصلا.

و لو تحاكم الوارث و أخذه كان الغريم أخذه منه، أو من الذى عليه المال، و ليس له المرافعة ثانيا.

و لو تحاكم الغريم و أسقط دعواه بالإحلاف كان للوارث التحاكم، فإن أخذ هو المال يكون للغريم الأخذ منه.

و لو تحاكم الوارث و أسقط دعواه بالإحلاف فللغريم التحاكم أيضا،

---

(۱) الكفاية: ۲۷۳، المسالك ۲: ۳۷۷.

(۲) الفاضل فى القواعد ۲: ۲۱۲، الشهيد فى الدروس ۲: ۹۵.

(۳) بدل ما بين القوسين فى «ق»: و إيجاب الإبراء.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج‌۱۷، ص: ۳۳۲

لأنّ إحلاف شخص لا يسقط إلّا ما يتعلّق بنفسه.

فرع:

لو أحاط دين جماعـة بالتركـة فادّعى آخر بأنّ له على الميّت دينا، فتشارك الغرماء بقـدر نصـيبه، فهل يتحاكم مع سائر الغرماء، أو مع الوارث؟

الظاهر: جواز محاكمة كلّ منهما معه، و يظهر حكمه بعد الترافع ممّا مرّ، فتأمّل. و اللّه العالم.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج‌۱۷، ص: ۳۳۳

الفصل الخامس فى نبذ من أحكام الدعاوى فى الأعيان

اشارة

و فيه مسائل:

المسألة الأولى: قيل: ظاهر اليد يقتضى الملكيّة ما لم تعارضه البيّنة

اشاره

، بلا خلاف فيه يوجد، و ربّما كان ذلك إجماعا، بل ضرورة، و النصوص به مع ذلك مستفيضة:

منها:- زيادة على ما تأتى إليه الإشارة فى بحث تعارض البيّنة- الخبر المروىّ فى الكتب الثلاثة، و فيه: أرأيت إذا رأيت [شيئا] فى يد رجل أ يجوز [لى] أن أشهد أنّه له؟ فقال: «نعم» قلت: فلعلّه لغيره، قال عليه السّلام:

«و من أين جاز لك أن تشتريه و يصير ملكا لك، ثمّ تقول بعد الملك: هو لى، و تحلف عليه، و لا يجوز أن تنسبه إلى من صار ملكه إليك من قبله؟» ثمّ قال عليه السّلام: «و لو لم يجز هذا ما قام للمسلمين سوق» «١».

و قريب منه الخبر المروىّ فى الوسائل عن تفسير علىّ بن إبراهيم صحيحا، و عن الاحتجاج مرسلا، عن مولانا الصادق عليه السّلام فى حديث فدك: «إنّ أمير المؤمنين عليه السّلام قال لأبى بكر: تحكم فينا بخلاف حكم اللّه

---

(١) الفقيه ٣: ٣١- ٩٢، و فى الكافى ٧: ٣٨٧- ١، و التهذيب ۶: ٢۶١- ۶٩۵، و الوسائل ٢٧: ٢٩٢ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٢۵ ح ٢: ..؟ قال:

نعم، قال الرجل: أشهد أنّه فى يده و لا أشهد أنّه له، فلعلّه لغيره، فقال له أبو عبد اللّه عليه السّلام: أ فيحلّ الشراء منه؟ قال: نعم، فقال أبو عبد اللّه عليه السّلام: فلعلّه لغيره، فمن أين جاز لك أن ..، و ما بين المعقوفين ليسا فى «ح» و «ق»، أضفناهما من المصادر.

تعالى فى المسلمين؟ قال: لا، قال: فإن كان فى يد المسلمين شىء يملكونه ادّعيت أنا فيه من تسأل البيّنة؟ قال: إيّاك كنت أسأل البيّنة على ما تدّعيه، قال: فإذا كان فى يدى شىء فادّعى فيه المسلمون، تسألنى البيّنة على ما فى يدى و قد ملكته فى حياة رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و بعده، و لم تسأل المؤمنين البيّنة على ما ادّعوا كما سألتنى البيّنة على ما ادّعيت عليهم؟!» الخبر «١». انتهى «٢».

أقول:

فى شرح المفاتيح أيضا ادّعاء الاتّفاق على أصل الاقتضاء.

ثمّ أقول:

الرواية الأولى هى رواية حفص بن غياث، و هى و إن كانت ضعيفة إلّا أنّ الرواية معتبرة، لوجودها فى الأصول المعتبرة، و مع ذلك بعمل الأصحاب منجبرة، و بالرواية الأخرى و غيرها معتضدة.

و تدلّ عليه أيضا موثّقة يونس بن يعقوب: فى المرأة تموت قبل الرجل أو رجل قبل المرأة، قال: «ما كان من متاع النساء فهو للمرأة، و ما كان من متاع الرجل و النساء فهو بينهما، و من استولى على شىء منه فهو له» «٣».

و لا شكّ أنّ الاستيلاء على الشىء يتحقّق بكونه فى يده، و الاختصاص بمتاع البيت غير ضائر، لعدم الفاصل.

و يمكن أن يستدلّ على المطلوب أيضا برواية مسعدة: «كلّ شىء هو لك حلال حتى تعرف الحرام بعينه فتدعه من قبل نفسك، و ذلك مثل ثوب

---

(١) تفسير القمّى ٢: ١۵۶، الاحتجاج: ٩٢، الوسائل ٢٧: ٢٩٣ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٢۵ ح ٣، بتفاوت.

(٢) الرياض ٢: ۴١۵.

(٣) التهذيب ٩: ٣٠٢- ١٠٧٩، الوسائل ٢۶: ٢١۶ أبواب ميراث الأزواج ب ٨ ح ٣.

يكون عليك قد اشتريته و هو سرقة، أو المملوك عندك لعلّه حرّ قد باع نفسه أو خدع فبيع أو قهر، أو امرأة تحتك و هى أختك أو رضيعتك، و الأشياء كلّها على هذا حتى يستبين لك غير ذلك، أو تقوم به البيّنة» «١».

و تدلّ عليه أيضا رواية حمزة بن حمران: أدخل السوق فأريد أن أشترى جارية فتقول: إنّى حرّة، فقال: «اشترها، إلّا أن تكون لها بيّنة»

«۲».

و صحيحة العيص: عن مملوك ادّعى أنّه حرّ و لم يأت ببيّنة على ذلك، أشتريه؟ قال: «نعم» «۳».

فلا كلام فى أصل المسألة، و إنّما الكلام فى مواضع:

الأول: فى معنى اليد

، فإنّه قد يتصوّر أنّ معنى اليد فى هذا الكلام ليس على حقيقته، بل المراد المعنى المجازى، و لعدم انحصاره فى معنى خاصّ إمّا يدخله الإجمال، أو يحمل على أقرب المجازات، و هو أيضا لا يخلو عن إبهام و إجمال.

و فيه: أنّ اليد و إن كانت حقيقة فى العضو المخصوص إلّا أنّها فى هذا التركيب ليست مجازا، لأنّ هذا التركيب حقيقة فى معنى خاصّ يعرفه أهل المحاورات بقرينة التبادر و عدم صحّة السلب، فيجب الحمل عليه.

و لا ـ شكّ فى صدق الكون فى اليد عرفا فيما كان تحت اختياره و يتصرّف فيه التصرّفات الملكيّة- كالبيع، و الإجارة، و الإعارة، و نحوها-

(۱) الكافى ۵: ۳۱۳- ۴۰، التهذيب ۷: ۲۲۶- ۹۸۹، الوسائل ۱۷: ۸۹ أبواب ما يكتسب به ب ۴ ح ۴.

(۲) الكافى ۵: ۲۱۱- ۱۳، الفقيه ۳: ۱۴۰- ۶۱۳، التهذيب ۷: ۷۴- ۳۱۸، الوسائل ۱۸: ۲۵۰ أبواب بيع الحيوان ب ۵ ح ۲.

(۳) الفقيه ۳: ۱۴۰- ۶۱۴، التهذيب ۷: ۷۴- ۳۱۷، الوسائل ۱۸: ۲۵۰ أبواب بيع الحيوان ب ۵ ح ۱.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۳۳۶

و كذا فيما يستعمله و ينتفع به و يتصرّف فيه بالإفساد و الإصلاح، كالركوب و الحمل فى الدابّة، و العمارة و التخريب فى الدار، و الغرس و الزرع فى الأرض، و هكذا. و من وجوه الاستعمال: وضع متاعه، أو جنس آخر، بل مطلق ماله فيه، للصدق العرفى.

و هل تصدق اليد على شىء بكونه فى مكانه المختصّ به تملّكا أو استئجارا أو عارية، كغلّة فى بيته، أو دابّة فى مذوده «۱»، أو متاع فى دكّته؟

الظاهر: نعم، للصدق العرفى.

و أمّا فى كون ماله فيه من غير وضعه فيه أو عدم ثبوت ذلك- كمذود فيه دابته، أو دار فيها متاعه- يدا نظر، الظاهر: العدم ما لم يعلم أنّه بنفسه وضعه، للشّك فى صدق الاسم، فلو كانت هناك دابّة عليها حمله الذى حمله بنفسه عليها تصدق اليد على الدابّة، بخلاف ما إذا كان عليها حمله و لم يثبت أنّه حمله عليها، أو حمله غيره الذى يدّعى الدابّة و بيده لجامها.

و هل يكون إغلاق باب الدار و نحوها و كون مفتاحها فى يده يدا؟

الظاهر: نعم، لو كان هو الذى أغلق الباب و أخذ المفتاح.

و قد تتعارض الأمور الموجبة لصدق اليد فى مال، كما إذا كان متاع زيد فى الدار و أغلق عمرو بابها، أو تكون دابّة فى حصار و عليها حمل الغير، أو زمامها فى يد الغير، و نحو ذلك. و يجب الرجوع إلى العرف فى الصدق فى أمثاله.

و من صور التعارض: ما إذا كان طريق فى دار زيد و يسلكه عمرو فادّعى ملكيّته، و الظاهر حينئذ ترجيح السالك. و منه: الدابّة عليها حمل زيد

(۱) المذود: معلف الدابّة- مجمع البحرين ۳: ۴۶.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۳۳۷

و لجامها بيد عمرو.

و من باب التعارض: ما اتّفق فى هذه الأيّام فى قريتنا، فكانت فيها دار فيها طريق يعبر عنه عامّة الناس، فسدّ مالك الدار الطريق و لم ينازعه أحد من العابرين إلّا واحد، فزاحمه و ادّعى الملكيّة متشبّثا باليد الحاصلة من العبور، فمنعنا صدق اليد له عليه، لعدم ثبوت ما كان ينتفع به منه أمرا مخصوصا به تصدق لأجله يده عليه.

و منه يعلم أنّه لو لم يكن ذلك الطريق فى ملك شخص معلوم، و ادّعى أحد ملكيّته، و نازعه واحد من العابرين لأجل نفسه لا للعامّة، لأجل يد العبور، لا يصلح لمزاحمته، لعدم كون ذلك يدا، و إن جاز له مزاحمته لكونه طريقا مسلوكا له و لغيره.

ثمَّ لا يتوهّم أنّ ما ذكرنا- من عدم توقّف صدق اليد على التصرّفات الملكيّة- يخالف ما ذكره جماعة فى بحث ما يصير به الشاهد شاهدا من الإشكال فى جواز الشهادة بالملكيّة بدون مشاهدة التصرّفات، كصاحب الكفاية، بل المحقّق «۱»، بل قد يستشكل مع التصرّفات أيضا، و نقل التردّد فيه عن المبسوط «۲»، لأنّ اليد شيء، و الشهادة على الملكيّة شيء آخر.

و لذا تراهم جميعا يقولون: اليد المنفردة عن التصرّف هل تصحّح الشهادة على الملكيّة، أم لا؟ فيثبتون اليد، و يختلفون فى الشهادة، بل قد يثبتون اليد و يضمّون معها التصرّف أيضا.

و كذا لا ينافى ما ذكروه مع ما سنذكره من اقتضاء مطلق اليد أصالة الملكيّة، كما أنّ استصحابها أيضا يقتضى أصالتها مع الاختلاف فى جواز

---

(۱) الكفاية: ۲۸۴، المحقّق فى الشرائع ۴: ۱۳۴، المختصر: ۲۸۹.

(۲) المبسوط ۸: ۱۸۱- ۱۸۲.

الشهادة بالملكيّة الاستصحابيّة. و لذا اتّفقوا على أنّ ما كان فى يد مورّث شخص و لم يعلم حاله يحكم بملكيّته له، و يجوز اشتراؤه منه و لو لم تجز الشهادة له بملكيّة مورّثه.

الثانى: المراد بكون اليد ظاهرة فى الملكيّة و اقتضائها لها: أنّها الأصل فيها، لا أنّها الدليل عليها

، فلا يخرج عن مقتضاها بلا دليل مخرج، و لا يعارض دليلا أصلا، بل ترفع اليد عنه مع الدليل، كما هو الشأن فى الأصول، و لذا لو لا أنّه ورد من الشرع الحلف على المنكر لو لا البيّنة لما حكمنا به.

و الدليل على ذلك الإجماع، و أخبار سؤال البيّنة عن المنازع «۱» و الحكم بها، و قوله فى رواية مسعدة المتقدّمة: «حتى يستبين لك غير ذلك» «۲»، و بها تقيّد الإطلاقات أيضا.

الثالث: لا شكّ فى أنّه يشترط فى اقتضاء اليد أصالة الملكيّة عدم انضمام اعترافه بعدم الملكيّة بالإجماع

، فإنّه دليل مخرج عنها.

و هل يشترط انضمام ادّعائه الملكيّة، أم لا؟

الظاهر: الثانى، لعموم صدر رواية حفص المتقدّمة «۳»، الحاصل من ترك الاستفصال، و موثّقة يونس السابقة «۴»، بل لظاهر الإجماع، و لذا يحكم بملكيّة ما فى يد الغائب- و كان فى يد المتوفّى- له، و يحكم بكونه ميراثا منه ما لم يعلم خلافه، و يجوز الانتفاع بما فى يد أحد مع إذنه من دون

---

(١) المتقدمة فى ص: ٣٣٥.

(٢) راجع ص: ٣٣۴.

(٣) فى ص: ٣٣٣.

(۴) فى ص: ٣٣۴.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٣٣٩

سؤال ادّعائه الملكيّة و عدمه.

نعم، الظاهر اشتراط عدم انضمام ادّعاء عدم العلم بملكيته أيضا، فلو قال ذو اليد: إنّى لا أعلم أنّه ملكى أم لا، لا يحكم بملكيته، لأنّ الثابت من اقتضاء اليد الملكيّة غير ذلك المورد.

أمّا الإجماع فظاهر، و أمّا أخبار طلب البيّنة من مدّعيه فكذلك أيضا.

و أمّا الروايتان المتقدّمتان «١» فلظهورهما فى ذلك، بل قوله فى الثانية:

«يملكونه» صريح فيه، كما أنّ قوله فى الأولى: «صار ملكه إليك من قبله» ظاهر فيه أيضا.

و أمّا الموثّقة «٢» فلإمكان منع صدق الاستيلاء عليه فى مثل ذلك الشىء.

مضافا إلى رواية جميل بن صالح الصحيحة عن السرّاد: رجل وجد فى بيته دينارا، قال: «يدخل منزله غيره»؟ قلت: نعم كثير، قال: «هذه لقطة» قلت: [فرجل وجد] فى صندوقه دينارا، قال: «يدخل أحد يده فى صندوقه غيره أو يضع فيه شيئا؟» قلت: لا، قال: «فهو له» «٣».

فإنّه حكم فيما هو فى داره الذى لا يعلم أنّه له مع كونه فى يده على ما مرّ، و مستوليا عليه أنّه ليس له، و أيضا علّل كون ما وجد فى الصندوق له بما يفيد العلم بأنّه ليس لغيره.

و إلى موثّقة إسحاق بن عمّار: عن رجل نزل فى بعض بيوت مكّة

---

(١) فى ص: ٣٣٣ و ٣٣۴.

(٢) المتقدمة فى ص: ٣٣۴.

(٣) الكافى ۵: ١٣٧ - ٣، الفقيه ٣: ١٨٧ - ٨۴١، التهذيب ۶: ٣٩٠- ١١۶٨، الوسائل ٢۵: ۴۴۶ أبواب اللقطة ب ٣ ح ١، بدل ما بين المعقوفين فى «ح» و «ق»:

فوجد، و ما أثبتناه من المصادر.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٣۴٠

فوجد فيها نحوا من سبعين درهما مدفونة، فلم تزل معه و لم يذكرها حتى قدم الكوفة، كيف يصنع؟ قال: « [يسأل] عنها أهل المنزل لعلّهم يعرفونها» قلت: فإن لم يعرفوها؟ قال: «يتصدّق بها» «١».

فإنّه لا شكّ أنّ الدراهم كانت فى تصرّف أهل المنزل على ما عرفت، و لو أنّهم قالوا: لا نعلم أنّها لنا أو لغيرنا، فيصدق أنّهم لا يعرفونها، فلا يحكم بملكيّتها لهم.

و من ذلك يعلم أنّ اليد لا تكفى فى حكم ذى اليد لأجلها لنفسه إن لم يعلم ملكيّته، و لكنّ المراد بعدم علمه الملكيّة: عدم علمه بالملكيّة الشرعيّة لا الواقعيّة، فإنّ الغالب أنّ الوارث لا يعلم حال ما انتقل إليه من مال مورّثه، و المشترى فى السوق لا يعلم أنّه من مال البائع، إذ ربّما سرقة أو غصبه، فإنّ اليد الخالية عن اعتراف المورّث و البائع بالعلم بعدم الملكيّة أو عدم العلم بالملكيّة الشرعيّة كافية فى علم الوارث و المشترى بالملكيّة الشرعيّة.

فلو كان متاع فى دكّة أحد و لم يعلم أنّه ممّا ورثه أو اشتراه أو وضعه غيره، لا يجوز له التصرّف فيه.

و كذا إذا كان فى ما خلّفه مورّثه شيء اعترف المورّث بأنّى لا أعلم أنّه منّى أو لا.

و كذا لا يجوز شراء شيء عن شخص كان فى يده و يقول: إنّى لا أعلم أنّه من أموالى أو من الغير.

بل يلزم على ذى اليد الفحص، فإن لم يتعيّن مالكه يكون مجهول

---

(١) التهذيب ۶: ۳۹۱- ۱۱۷۱، الوسائل ۲۵: ۴۴۸ أبواب اللقطة ب ۵ ح ۳، بـدل ما بين المعقوفين فى «ح» و «ق»: فاسأل، و ما أثبتناه من المصادر.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۳۴۱

المالك، إمّا كونه مجهولا عند غير ذى اليد فظاهر، و إمّا عنده فكذلك أيضا، لأجل أنّه يعلم أنّه لا يعلم.

الرابع: كما أنّ مقتضى اليد أصالة الملكيّة فيما يملك كذلك مقتضاها أصالة الاختصاص بذى اليد فيما ليس ملكا

- كـالوقف- فلو كـان شـيء فى يـد أحـد مـدّعيا وقفيّته عليه فادّعـاه غيره و لاـ بيّنـة له يقـدّم قول ذى اليـد، لموثّقـة يونس بن يعقوب المتقدّمة «۱»، بل الظاهر الإجماع أيضا.

الخامس: ما ذكر من تقديم قول ذى اليد لدلالة اليد على الملكيّة أو الاختصاص إنّما هو إذا لم يعارضه أصل آخر

، و أمّا إذا عارضه أصل أو استصحاب آخر ففى بعض موارده الخلاف، و فى بعض آخر يقدّم الاستصحاب كما يأتى.

فلو ادّعى مالـك الأـرض ملكيتها و المتشـبّث بها وقفيّتها عليه منه، أو المتشـبّث: الإجارة، و المالك: عـدمها، أو المتشـبّث: التحجير، و غيره أثبت تحجيره السابق، لا يقدّم قول ذى اليد كلّيّا، و تحقيق كلّ مسألة مذكور فى موضعها.

السادس: هل يختصّ اقتضاء اليد لأصالة الملكيّة أو الاختصاص بالأعيان، أم يجرى فى المنافع أيضا؟

لم أعثر بعـد على مصـرّح بأحـد الطرفين، و الظاهر هو الأول، للأصل، و عـدم ثبوت الإجماع فى غير الأعيان، و اختصاص أكثر الأخبار بها.

أمّا أخبار تعارض البيّنات «۲» و الروايتان الأخيرتان فظاهرة، لأنّ موردها فى الأعيان.

---

(۱) فى ص: ۳۳۴.

(۲) انظر الوسائل ۲۷: ۲۴۹ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۱۲.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۳۴۲

و أمّا رواية حفص «۱»، فلأنّ لفظ: «شـيئا» فيها و إن كان نكرة فى سـياق الشـرط المفيدة للعموم إلّا أنّ رجوع الضمير فى قوله: «الشراء منه» و: «أن تشتريه» يوجب إمّا تخصيصه بالأعيان، أو التوقّف، كما بيّن فى الأصول، لعدم جواز الشراء فى المنافع إجماعا.

و أمّا الموثّقة «۲»، فلرجوع الضمير المجرور فيها إلى المتاع، الذى هو من الأعيان.

و أمّا رواية مسعدة «۳»، فلأنّ الاسـتدلال بها إنّما هو بواسطة الأمثلة المذكورة فيها، و كلّها من الأعيان. و أمّا قوله: «و الأشياء كلّها على هذا» فإنّما يدلّ على الحلّية دون المطلوب.

نعم، ظاهر حـديث فدك «۴» العموم، إلّـا أنّه يمكن دعوى اختصاص صـدق اليـد حقيقـة بالأعيان، فإنّها المتبادر عرفا من لفظ: «ما فى اليـد»، بل الاستيلاء و صـدقه على المنافع غير معلوم، بل نقول: إنّ الكون فى اليد و الاستيلاء إنّما هو فى الأشـياء الموجودة فى الخارج

القارّة، و أمّا الأمور التدريجيّة الوجود الغير القارّة- كالمنافع- فلو سلّم صدق اليد و الاستيلاء فيها فإنّما هو فيما تحقّق و مضى، لا فى المنافع الآتية التى هى المراد هنا.

و لا يتوهّم أنّ ما ورد فى خصوص الرحى الواقعة على نهر ماء الغير و المنع عن سدّ الماء عنه «۵» يثبت اقتضاء اليد فى المنافع الملكيّة أيضا، و كذا ما ذكره جماعة فى الميراث، لأنّ عدم اقتضاء اليد الملكيّة لا ينافى

---

(۱) المتقدّمة فى ص: ٣٣٣.

(۲) المتقدّمة فى ص: ٣٣۴.

(۳) المتقدّمة فى ص: ٣٣۴.

(۴) المتقدّم فى ص: ٣٣٣ و ٣٣۴.

(۵) الوسائل ۲۵: ۴۳۱ أبواب إحياء الموات ب ۱۵ ح ۱.

المنع عن سدّ منفعة مخصوصة بدليل آخر- كالخبر، أو الضرر- فيختصّ الحكم بمورده.

و أمّا ما قد يدّعى من ظهور اليد فى الملكيّة، و هو حاصل فى المنافع أيضا.

ففيه- بعد تسليم اليد-: منع حجّيّة ذلك الظهور أولا، و منع الظهور ثانيا، لأنّه لو سلّم فإنّما هو فى الأعيان مع التصرّفات الملكيّة. و أمّا فى المنافع التى أعيانها ملك الغير فلا، لشيوع مشاهدة تصرّفات الناس فى كثير من المنافع من غير تحقّق جهة اللزوم و الملكيّة، فيحمل الجار على حائط جاره أو المشترك، و ينصب الميازيب على داره، و يطرح الثلج، و يضع خشب السقف على حائطه، و يجرى الماء من داره إلى داره، أو ماءه إلى داره، و يستعمل المسلمون- بشاهد الحال- بعضهم ماء بعض، و يجرون مياههم فى دورهم، و قد يغيّرون مواضع الجريان فى كلّ عام، و يبنون الحياض الكبيرة المجدّدة، إلى غير ذلك.

بل يمكن ادّعاء ظهور عدم الملكيّة فى أمثال ذلك، و ابتناء الأمر أولا على المسامحة، أو شاهد الحال.

السابع: ما ذكر- من أنّ الاستيلاء يدلّ على أصالة الاختصاص للمستولى- إنّما هو إذا لم يكن هناك مدّع ثبت له اختصاص آخر أيضا،

فلو كان كذلك لا يفيد الاستيلاء شيئا، لأنّ جهة الاختصاص الثابتة بالاستيلاء غير معيّنة، و إرجاعها إلى ما يدّعيه المستولى لا دليل عليه بخصوصه حتى يحمل عليه، و الجهة الأخرى للغير ثابتة، فليس لها معارض معلوم، و لا رافع كذلك.

فلو ادّعى أحد استئجار شىء فى يد غيره، مدّعيا بأنّه استأجره،

تطلب البيّنة من المدّعى، لأصالة الاختصاص بالمستولى، فإنّ جهة الاختصاص بينهما واحدة.

بخلاف ما لو ادّعى المالك عدم الإجارة، لأنّ ملكيّته مختصّة به، و المستأجر يدّعى الاختصاص الاستئجارى، و لا دليل عليه.

و كذا لو ادّعى أحد اختصاصه بشىء فى يده، و يستولى عليه من جهة استحقاق منفعته بصلح و نحوه، و ادّعى «۱» المالك عدمه، فلا يقدّم قول المستولى، لثبوت جهة اختصاص للمالك، و عدم ثبوت الاختصاص النفعى للمستولى فاحتفظ بذلك، فإنّه مفيد فى كثير من المواضع.

الثامن: يشترط فى دلالة اليد على الملكيّة احتمال كونها ناشئة من السبب المملّك

، فلو علم مبدؤها و أنّه ليس سببا مملّكا لا حكم لها، كيد الغاصب و الودعى، و كما إذا كان شىء لم يحتمل وجها شرعيّا مملّكا، و

كما إذا أخذه المدّعى بحضورنا و أثبت يده عليه، للإجماع، و اختصاص الأدلّة بغير ذلك.

و المراد باحتمال الاستناد إلى السبب المملّك أيضا: الاحتمال المتحقّق بعد إعمال الأصول و القواعد الممهّدة الثابتة، فلو كانت هناك يد لم يعلم منشؤها، و لكن علم مسبوقيّتها بيد عارية أو غصب، و لم يعلم أنّ اليد الحاليّة هل هى تلك اليد، أو زالت الاولى و حصلت يـد حاصـلة من السـبب المملّك، فمقتضـى استصـحاب اليـد السابقـة و أصالة عدم حدوث يد اخرى يجعلها هى اليد الاولى، فلا تفيد ملكيّته.

و ليس هذا من باب تعارض الاستصحاب و الأصل مع اليد المقتضية

---

(۱) فى «ق»: و إن ادّعى ..

للملكيّة، بل تصير اليد بواسطة الأصل و الاستصحاب غير اليد المقتضية.

التاسع: لا يشترط فى صدق اليد عرفا مباشرة ذى اليد بنفسه للتصرّف

، بل تكفى مباشـرة الوكيل و المسـتعير و الأمين و المسـتأجر و الغاصب بعـد ثبوت أحد هذه الأوصاف له فى ذلك التصـرّف، للصدق العرفى. و كذا يد المقرّ أنّها لزيد، فإنّه يقال عرفا: إنّها فى يد زيد، فتأمّل.

العاشر: يمكن أن تكون يدان أو أزيد على شىء واحد

، بمعنى: أن تكون يـد كـلّ منهمـا بحيث لو كـانت منفردة لصـدق كون ذيها ذا اليـد بالنسـبة إلى تمام الشـىء عرفا، كالدابّـة يركبانها رديفين، أو السـراج يستضـيئان به، و اللحاف ينامان معا فى كلّ ليلة فيه، و الإناء يأكلان منه دفعة، و حينئذ فيحكم بكونهما ذا اليد على ذلك الشىء، لا أنّ يد كلّ منهما على بعضه المشاع، لإمكان كون شىء واحد فى يد اثنين، فلا ضرورة إلى التبعيض.

و ليست اليد كالملكيّة التى لا يمكن تعلّقها بتمام شـىء بالنسـبة إلى كلّ من الشخصين، بل مثل القرابة لشخصين و التوطّن فى بلدتين، و الجارية لدارين، و المصاحبة مع شخصين، و المؤانسة لهما، و هكذا.

الحادى عشر: اقتضاء اليد للملكيّة التامّة لذى اليد إنّما هو إذا لم تعارضها يد أخرى أيضا

، أى كـانت يـدا منفردة، فلو كان شـىء واحـد فى يـد شخصـين- بحيث لم تختصّ يـد كلّ بالبعض عرفا- لا يـدلّ على ملكيّته لواحد منهما، للمعارض، و لا لهما معا بأن يكون تمامه ملكا لهما، لعدم الإمكان.

و هل يحكم حينئذ بالاشتراك فى الملكيّة حتى يكون بينهما بالسويّة؟

كمـا هى قاعـدة الشـركة، مع عـدم دليـل على الاختلاـف، أم لاـ بـل يحكم بواسـطة اليـدين على نفى ملكيّـة غيرهمـا و إن لم يحكم بملكيّتهما أو

أحدهما؟

ظاهر أكثر الأخبار المتقدّمـة و إن كان خاليا عن الدلالة فى ذلك، لأنّ الرواية الأولى «۱» مختصّة باليد الواحدة، و العلّة المذكورة فيها بقوله: «و من أين جـاز لك» إلى آخره، لا تـدلّ على أنّه إذا اشتراه من اثنين يجوز له أن يشـهد أنّه لهما، بل تـدلّ على أنّه يجوز له أن يشهد أنّه ملك لهما أو لأحدهما.

و الثانية «٢» و إن كانت أعمّ إلّا أنّها لا تدلّ على الأزيد من طلب البيّنة من الخارج عنهما، المستلزم لاقتضاء نفى ملكيّة الغير و حصول الملكيّة فى الجملة الشاملة لملك هذا و هما معا بالشركة، و أمّا الاشتراك بخصوصه فلا.

و كذا إطلاق الروايات الثلاث الأخيرة «٣».

إلّا أنّ مقتضى قوله فى الموثّقة: «و من استولى على شىء منه فهو له» «۴» أنّه لو استوليا معا عليه كان لهما، و بمقتضى قاعدة التساوى فى الشركة المبهمة أنّه بينهما نصفين، و مرجعه إلى أنّ اليدين المشتركتين تقتضيان الملكيّة المشتركة.

و تعضده الروايات الكثيرة «۵» الدالّة على تنصيف ما يدّعيه الاثنان و يدهما عليه بدون البيّنة لأحدهما، أو مع البيّنة لهما، بل الظاهر أنّه إجماعىّ أيضا، كما يظهر من حكمهم بالتنصيف فى تداعى شخصين ما فى

---

(١) المتقدّمة فى ص: ٣٣٣.

(٢) المتقدّمة فى ص: ٣٣٣ و ٣٣۴.

(٣) المتقدّمة فى ص: ٣٣۴ و ٣٣۵.

(۴) المتقدّمة فى ص: ٣٣۴.

(۵) انظر الوسائل ١٨: ۴۵٠ أبواب أحكام الصلح ب ٩، و ج ٢٧: ٢۴٩ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٢.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٣۴٧

يدهما معا.

الثانى عشر: لو أقرّ ذو اليد بملكيّة زيد، ثمَّ أقرّ بعده لعمرو، يحكم باليد لزيد

، لثبوتها بالاعتراف الأول، و عدم صدق اليد عرفا للثانى بعد الأول، فلا يصلح الثانى لمعارضة الأول، فيبقى الأول بلا معارض و مستصحبا.

المسألة الثانية: لو تنازع اثنان فى عين واحدة

اشاره

، بأن ادّعى كلّ منهما جميعها، فإمّا تكون فى يدهما، أو يد أحدهما، أو يد ثالث، أو لا يد عليها، فهذه أربع صور.

الصورة الاولى: أن تكون فى يدهما معا

، فترجع دعوى كلّ منهما إلى النصف الذى فى يد الآخر، و يكون النصف الآخر خاليا له عن المعارض، لما مرّ فى الموضع الحادى عشر من المسألة الاولى.

و على هذا، فإن كانت هناك بيّنة لأحدهما يحكم بالجميع له، لأنّ البيّنة حجّة شرعيّة.

و إن كانت لهما فيرجع إلى تعارض البيّنات، و يأتى حكمه.

و إن لم تكن بيّنة يحلف كلّ منهما على نفى ما يدّعيه صاحبه ممّا فى يده، لأنّه منكر بالنسبة إليه، و لا يتعرّض فى الحلف لإثبات ما فى يده، إذ لا يمين على ما لا دعوى فيه. فإن حلفا أو نكلا قضى بينهما بالسويّة من غير ردّ يمين على المنكول له، على المختار.

و إن حلف أحدهما و نكل الآخر بعده قضى بالجميع للحالف من غير ردّ يمين اخرى عليه، على ما اخترناه من القضاء بالنكول.

و إن نكل الأول ثبتت دعوى صاحبه فى نصف الناكل، فإن حلف الآخر لنفى النصف الّذى ادّعاه صاحبه عليه يخلص الكلّ له.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٣٤٨

و على القول بردّ يمين الناكل، تثبت على كلّ منهما اليمين المردودة مع نكولهما، و على الحالف يمين اخرى بعد نكول الثانى مع نكوله بعد حلف الأول، فيحلف مرّتين، و كذا إذا كان النكول قبل حلف صاحبه.

و هل يجمع اليمينين حينئذ فى يمين واحدة، أم لا؟

الوجه: الأول، كما هو ظاهر الأصحاب من غير خلاف يعرف كما قيل «١»، لما أثبتنا فى موقعه من أصالة تداخل الأسباب.

ثمّ إنّه هل يتخيّر الحاكم فى البدأة بينهما بالإحلاف، أو يقرع بينهما؟

فيه وجهان، و قيل: يبدأ بالسابق منهما بالدعوى، فيحلف صاحبه «٢». و هو حسن، لما مرّ من تقديم حقّ من بدر بالدعوى.

و يمكن الاستدلال أيضا بأنّ كلّا منهما- لكون يد الآخر عليها- مدّعى، و لكون يده عليها منكر، فلكلّ منهما الحلف و الإحلاف، فيتحالفان، أو ينكلان، أو يحلف أحدهما و ينكل الآخر، لعموم الأدلّة، فالترجيح على الأخير ظاهر، و على الأولين لا يمكن الجمع بإعطاء جميع العين كلّا منهما و لا منع كليهما، لعدم خروج الملكيّة عنهما، و لا ترجيح أحدهما بزيادة، لعدم المرجّح، فلم يبق إلّا التنصيف، و لكن فيه كلام يأتى من عدم ظهور مثل ذلك من المدّعى و المنكر المتقابلين.

و يدلّ على المطلوب أيضا: أنّه ثبت تنصيف العين بينهما فى المورد من الأخبار، كمرسلة ابن المغيرة الصحيحة عن ابن محبوب- مع كون الإرسال عن غير واحد من أصحابنا-: فى رجلين كان معهما درهمان، فقال أحدهما: الدرهمان لى، و قال الآخر: هما بينى و بينك، فقال أبو

---

(١) رياض المسائل ٢: ٤١۶.

(٢) انظر الكفاية: ٢٧٥.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٣٤٩

عبد اللّه عليه السّلام: «أمّا الذى قال هما بينى و بينك فقد أقرّ بأنّ أحد الدرهمين ليس له فيه شىء و أنّه لصاحبه، و يقسّم الدرهم الثانى بينهما نصفين» «١»، المعتضدة بموثّقة يونس المتقدّمة «٢».

و رواية السكونى: فى رجل استودع رجلا دينارين و استودعه آخر دينارا، فضاع دينار منهما، فقضى لصاحب الدينارين دينارا، و يقسّمان الدينار الباقى بينهما نصفين «٣».

و ثبت أيضا بالعمومات المشار إليها توقّف القضاء بينهما على التحالف، فيعمل بالجميع، فيتحالفان و يقتسمان نصفين.

و لكن يبقى ها هنا شىء يرد على ذلك و على ما تقدّم أيضا، و هو أنّ الظاهر المتبادر من الأخبار الأخيرة- التى هى أخصّ مطلقا من العمومات- أنّ الاقتسام إنّما هو بلا حلف، بل هو من مقتضى إطلاقها أو عمومها، فإنّها حاكمة بالتقسيم مطلقا، سواء حلفا أو حلف أحدهما خاصّة.

فمقتضى الاستدلال تقديم الأخيرة و القضاء بينهما نصفين من دون حلف، كما هو مختار المحقّق فى الشرائع صريحا «۴»، و السيّد أبى المكارم فى الغنية ظاهرا، مدّعيا عليه إجماع الطائفة، قال فيه: و إن كان لكلّ واحد منهما يد و لا بيّنة لأحدهما كان الشىء بينهما نصفين، كلّ ذلك بدليل إجماع الطائفة «۵». انتهى.

---

(١) التهذيب ۶: ٢٠٨- ۴٨١، و فى الفقيه ٣: ٢٢- ۵٩، و الوسائل ١٨: ۴۵٠ أبواب أحكام الصلح ب ٩ ح ١، بتفاوت يسير.

(٢) فى ص: ٣٣۴.

(٣) الفقيه ٣: ٢٣- ٦٣، التهذيب ۶: ٢٠٨- ۴٨٣ و ج ٧: ١٨١- ٧٩٧، الوسائل ١٨:
۴۵٢ أبواب أحكام الصلح ب ١٢ ح ١، بتفاوت.

(۴) الشرائع ۴: ١١٠.

(۵) الغنية (الجوامع الفقهية): ۶٢۵.

و نقل القول به فى التحرير أيضا، حيث قال فى المسألـة على ما حكى: إنّ فيها قولين «١». و ظاهر بعض فضلائنا المعاصرين التردّد «٢»، حيث نقـل القولين من غير ترجيـح، و لكنّ المشـهور بين الأصـحاب- كما صـرّح به الصـيمرى- هو الأول. و قال فى المسالك: بل لم ينقل الأكثر فيه خلافا «٣».

إلّا أنّ هذه الشـهرة المحكيّة لا توجب و هنا فيما يقتضيه الاستدلال، سيّما مع معارضتها بالإجماع المحكيّ، و عدم تعرّض طائفة لأصل المسألة، منهم الشيخ فى النهاية «۴».

هذا، مع ما فى دلالة العمومات على ثبوت الحلف فى صورة التداعى كما يأتى بيانه، فالأقوى هو مختار الشرائع، و اللّه العالم.

الصورة الثانية: أن تكون فى يد أحدهما

، فيقدّم قوله و تطلب البيّنة من الخارج، فإن أقامها فيحكم بها له إجماعا، و إن أقاماها يرجع إلى التعارض الآتى حكمه.

و إن لم تكن بيّنـة، فللخارج إحلاف ذى اليـد المنكر، فإن حلف سـقطت الدعوى عنه، و إن نكل يحكم بالعين للمدّعى الخارج بدون يمين على الأظهر، و معها على القول الآخر، و لا خلاف فى شىء ممّا ذكر غير ما أشير إلى الخلاف فيه.

و تدلّ عليه الأخبار المتواترة معنى المتقدّمة أكثرها، و فى الرواية:

«فإن كانت له» أى للمدّعى الخارج «بيّنة، و إلّا فيمين الذى هو فى يده،

---

(١) التحرير ٢: ١٩۵، قـال: و هـل يحلف كـل واحـد على النصف المحكوم له به أو يكون له من غير يمين؟ الأقوى عنـدى الأوّل مع احتمال الثانى.

(٢) غنائم الأيام: ٧٠۶.

(٣) المسالك ٢: ٣٩٠.

(۴) النهاية: ٣۴۴.

هكذا أمر اللّه عزّ و جلّ» «١».

الصورة الثالثة: أن تكون فى يد ثالث و لا بيّنة

، و حينئذ فإمّا يصـدّق أحـدهما بخصوصه، أو يصـدّقهما معـا، أو يصـدّق أحـدهما لا بعينه- أى يقول: إنّها لأحـدهما و لا أعرفه- أو يكذّبهما معا، أو يقول: لا أدرى أنّها لهما أو لا.

فعلى الأول، قالوا: بأنّها للمصدّق له مع يمينه، فإنّه فى حكم ذى اليد، و على الثالث المصدّق اليمين للآخر إن ادّعى عليه علمه بأنّها له، فـإن امتنـع يجب عليه إغرام القيمـة له بلاـ يمين، أو مـع اليمين المردودة، على اختلاـف القولين، لأـنّه لاـ يمكنه دفع العين، لاستحقاق المصـدّق له إيّاهـا بـإقراره، فلاـ يمكنه الارتجـاع عنه، و تفويته العين على الآـخر بإقراره، فيغرّم القيمـة. و لم أعثر على مصـرّح بخلاف

ذلك، بل لعلّه إجماعى.

و يدلّ على كونه للمصدّق له أنّه حينئذ يكون ذا اليد، فإنّ ظاهر العرف أنّ من أسباب صدق اليد كونه الشيء تحت تصرّف من ثبت أنّه مباشرة، كالوكيل و الأمين و المستودع و المستأجر و المستعير، أو أقرّ بذلك. و لعلّ إلى ذلك يشير استدلالهم بأنّه فى حكم ذى اليد، بل تصريح جماعة- منهم الشهيد فى الدروس «۲»- بأنّ ذا اليد من صدّقه الثالث.

و يدلّ عليه أيضا أنّه أقرّ الثالث بكونه له، و من أقرّ شيئا فى يده لأحد فهو له.

لا لعموم إقرار العقلاء على أنفسهم جائز، لأنّ الإقرار على النفس إنّما

---

(۱) التهذيب ۶: ۲۴۰- ۵۹۴، الاستبصار ۳: ۴۳- ۱۴۳، الوسائل ۲۷: ۲۳۴ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۳ ح ۴، و المعترضة من المصنّف.

(۲) الدروس ۲: ۱۰۰.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۳۵۲

هو فى نفيه عن نفسه لا فى إثباته للغير، مع أنّ الثابت دلالته من العموم ليس إلّا نفوذه على نفسه لا على غيره.

بل للمستفيضة الدالّة على من أقرّ بعين لأحد فهو له، كمرسلة جميل: فى رجل أقرّ أنّه غصب رجلا على جاريته، و قد ولدت الجارية من الغاصب، قال: «تردّ الجارية و ولدها على المغصوب إذا أقرّ بذلك، أو كانت له بيّنة» «۱»، و عمومها الحاصل من ترك الاستفصال- بل من أداة الشرط- يشمل صورة ادّعاء الغير للجارية أيضا.

و صحيحة سعد بن سعد: عن رجل مسافر حضره الموت فدفع مالا إلى رجل من التجّار، فقال: إنّ هذا المال لفلان بن فلان ليس له فيه قليل و لا كثير، فادفعه إليه يصرفه حيث شاء، فمات و لم يأمر فيه صاحبه الذى جعله له بأمر، و لا يدرى صاحبه ما الذى حمله على ذلك، كيف يصنع؟

قال: «يضعه حيث شاء» «۲»، و مثلها صحيحة إسماعيل الأحوص «۳».

دلّتا على ثبوت المال لصاحبه بمجرّد الإقرار، و لا يمكن أن يكون ذلك لادّعائه ما لا يد لأحد عليه، لأنّه لم يكن مدّعيا له.

و صحيحة أبى بصير: عن رجل معه مال مضاربة، فمات و عليه دين، فأوصى أنّ هذا الذى ترك لأهل المضاربة، أ يجوز ذلك؟ قال: «نعم، إذا كان مصدّقا» «۴»، أى لم يكن متّهما.

---

(۱) الكافى ۵: ۵۵۶- ۹، الفقيه ۳: ۲۶۶- ۱۲۶۶، التهذيب ۷: ۴۸۲- ۱۹۳۶، الوسائل ۲۱: ۱۷۷ أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ۶۱ ح ۱، بتفاوت.

(۲) التهذيب ۹: ۱۶۰- ۶۶۲، الوسائل ۱۹: ۲۹۳ أبواب أحكام الوصايا ب ۱۶ ح ۶.

(۳) الكافى ۷: ۶۳- ۲۳، الوسائل ۱۹: ۲۹۳ أبواب أحكام الوصايا ب ۱۶ ح ۶.

(۴) التهذيب ۹: ۱۶۷- ۶۷۹، الوسائل ۱۹: ۲۹۶ أبواب أحكام الوصايا ب ۱۶ ح ۱۴.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۳۵۳

و تؤيّده أيضا رواية [المهتدى] «۱»: إنّ أخى مات و تزوّجت امرأته، فجاء عمّى فادّعى أنّه تزوّجها سرّا، فسألتها عن ذلك فأنكرت أشدّ الإنكار و قالت: ما كان بينى و بينه شيء قطّ، فقال: «يلزمك إقرارها و يلزمه إنكارها» «۲».

و تدلّ على سلطنة المدّعى على إحلاف المصدّق له عمومات البيّنة على المدّعى و اليمين على من أنكر.

و على تغريم المصدّق لو نكل أو ردّ اليمين: أنّ بالنكول أو اليمين المردودة ثبت عليه الحقّ، كما مرّ فى الأخبار المتقدّمة فى بحث

النكول و ردّ اليمين «۳».

و كلّ من ثبت عليه حقّ للغير و ضيّعه فعليه الغرامة، كما دلّت عليه العلّة المنصوصة فى رواية عمر بن حنظلة: فى رجل قال لآخر: اخطب لى فلانة، فما فعلت من شىء ممّا قاولت من صداق أو ضمنت من شىء [أو شرطت] فذلك رضا لى، و هو لازم لى، و لم يشهد على ذلك، فذهب فخطب له و بذل عنه الصداق و غير ذلك ممّا طالبوه و سألوه، فلمّا رجع إليه أنكر له ذلك كلّه، قال: «يغرّم لها نصف الصداق عنه، و ذلك أنّه هو الذى ضيّع حقّها» الحديث «۴»، دلّت على أنّ من ضيّع حقّا لغيره فعليه الغرامة له.

و على الثانى قالوا: يقضى بها لهما بالسويّة، و لكلّ منهما إحلاف

---

(١) فى «ح» و «ق»: المهدى، و الصحيح ما أثبتناه.

(٢) الكافى ۵: ۵۶۳- ٢٧، الفقيه ٣: ٣٠٣- ١۴۵٢، الوسائل ٢٠: ٢٩٩ أبواب عقد النكاح و أولياء العقد ب ٢٣ ح ١.

(٣) انظر الوسائل ٢٧: ٢۴١ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٧.

(۴) الفقيه ٣: ۴٩- ١۶٩، التهذيب ۶: ٢١٣- ۵٠۴، الوسائل ١٩: ١۶۵ أبواب أحكام الوكالة ب ۴ ح ١، ما بين المعقوفين ليس فى «ح» و «ق»، أضفناه من المصادر.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٣۵۴

الآخر كما لو كانت فى يدهما، و لهما إحلاف المصدّق إن ادّعيا علمه، لفائدة الغرم، فإن حلف فهو، و إلّا فيغرّم القيمة تماما لهما، و يقتسمانها بينهما نصفين على القول بالحكم بالنكول. و على القول بردّ اليمين عليهما، فإن حلفا معا يغرّم التمام كذلك أيضا، و إلّا غرّم نصف القيمة للحالف منهما.

و يظهر الوجه فى هذه الصورة أيضا ممّا ذكرنا فى سابقتها بعينه.

و على الثالث، قيل: يحتمل القرعة، فيحلف من خرجت له، فإن نكل حلف الآخر، و إن نكلا قسّمت بينهما. و يحتمل القضاء بينهما نصفين ابتداء بعد حلفهما أو نكولهما كما لو كانت بيدهما «١».

أقول: بل الأوجه الثانى، لرواية السكونى: «قال أمير المؤمنين عليه السّلام فى رجل أقرّ عند موته لفلان و فلان لأحدهما عندى ألف درهم، ثمَّ مات على تلك الحال، فقال: أيّهما أقام البيّنة فله المال، فإن لم يقم واحد منهما البيّنة فالمال بينهما نصفان» «٢».

و لكنّ الظاهر من الرواية التنصيف بدون الإحلاف، بل هو مقتضى إطلاقها، فالقول به- كما فيما إذا كان فى يديهما معا- أوجه.

و حكم الفاضل فى القواعد بالقرعة بينهما من غير ذكر حلف «٣»، و هو كان حسنا لو لا الرواية المذكورة.

و على الرابع، قالوا: حلف لهما و أقرّت العين فى يده، سواء ادّعاها

---

(١) انظر المسالك ٢: ٣٩٠، الرياض ٢: ۴١۶.

(٢) الكافى ٧: ۵٨- ۵، الفقيه ۴: ١٧۴- ۶١٠، التهذيب ٩: ١۶٢- ۶۶۶، الوسائل ٢٣: ١٨٣ أبواب الإقرار ب ٢ ح ١، بتفاوت.

(٣) القواعد ٢: ٢٢٢.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٣۵۵

لنفسه أم لا، و لا يجب عليه نسبة الملك إلى نفسه أو إلى أحد معيّن، و هو كذلك، لثبوت يده عليها بالتصرّف، و بعدم الاعتراف بها للغير.

و على الخامس، فإن قال: لا أدرى أنّها لهما أو لغيرهما- مع اعترافه بأنّها ليست لنفسه- أقرع بينهما وفاقا للقواعد «١»، لأنّها لكلّ أمر مجهول، و لا حلف، لما يأتى فى الصورة الرابعة. و كذا إن قال: لا أدرى أنّها لى أو لهما.

الصورة الرابعة: أن لا تكون يد عليها

، قال المحقّق الأردبيلى: فهى مثل ما كانت فى يد ثالث، و لم يصدّق أحدهما، و لم يدّعيا علمه، فيحلفان أو ينكلان و يقتسمانها بالسويّة. و إن حلف أحدهما دون الآخر تكون للحالف بحكم العقل، و لرواية إسحاق بن عمّار، و فيها: «فلو لم تكن فى يد واحد منهما و أقاما البيّنة؟ قال: أحلفهما، فأيّهما حلف و نكل الآخر جعلتها للحالف» «۲». انتهى.

أقول:

الحلف أمر شرعىّ يتوقّف على التوقيف، و لا أرى دليلا على حلفهما هنا و الحكم بنكولهما أو نكول الناكل، و الرواية مخصوصة بصورة إقامتهما البيّنة، و التعدّى يحتاج إلى الدليل، و القرعة لكلّ أمر مجهول، فالرجوع إليها أظهر، كما حكم به علىّ عليه السّلام فى روايتى أبى بصير و ابن عمّار:

الاولى: «بعث رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله عليّا عليه السّلام إلى اليمن، فقال له حين قدم: حدّثنى بأعجب ما ورد عليك، قال عليه السّلام: يا رسول اللّه، أتانى قوم قد

---

(۱) القواعد ۲: ۲۲۲.

(۲) الكافى ۷: ۴۱۹- ۲، التهذيب ۶: ۲۳۳- ۵۷۰، الاستبصار ۳: ۳۸- ۱۳۰، الوسائل ۲۷: ۲۵۰ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۱۲ ح ۲.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۳۵۶

تبايعوا جارية، فوطؤوها جميعا فى طهر واحد، فولدت غلاما، فاختلفوا فيه، كلّهم يدّعيه، فأسهمت بينهم و جعلته للذى خرج سهمه، و ضمّنته نصيبهم» الحديث «۱».

و الأخرى: «إذا وطئ رجلان أو ثلاثة جارية فى طهر واحد، فولدت، فادّعوه جميعا، أقرع الوالى بينهم، فمن قرع كان الولد [ولده، و يردّ] قيمة الولد على صاحب الجارية» الحديث «۲»، و عمل بها الأصحاب طرّأ فى مورده من غير إحلاف.

فإن قيل:

عمومات البيّنة على المدّعى و اليمين على المنكر تشمل المورد.

قلنا:

العمومات غير ظاهرة فى مثل ذلك، بل ظاهرة فى غيره، حتى ما تتضمّن لفظ «المدّعى عليه» الغير المعلوم تحقّقه عرفا هنا، حيث إنّه لا يد لأحد عليها حتى يصدق الادّعاء عليه.

و قد يقال: إنّ الرواية الواردة فى قضيّة فدك: «و قد قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله:

البيّنة على من ادّعى و اليمين على من أنكر» «۳» تشمل المورد، لصدق من أنكر عليه، و كذا رواية ابن أبى يعفور: «إذا رضى صاحب الحقّ بيمين

---

(۱) الفقيه ۳: ۵۴- ۱۸۳، و فى الكافى ۵: ۴۹۱- ۲، و التهذيب ۸: ۱۷۰- ۵۹۲، و الاستبصار ۳: ۳۶۹- ۱۳۲۰، و الوسائل ۲۷: ۲۵۸ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۱۳ ح ۵: و احتجّوا، بدل فاختلفوا.

(۲) الفقيه ۳: ۵۲- ۱۷۶، التهذيب ۸: ۱۶۹- ۵۹۰، الاستبصار ۳: ۳۶۸- ۱۳۱۸، الوسائل ۲۷: ۲۶۱ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۱۳ ح ۱۴، و بدل ما بين المعقوفين فى «ح» و «ق»: له يردّ، و ما أثبتناه من المصادر.

(۳) تفسير القمّى ۲: ۱۵۶، الاحتجاج: ۹۲، الوسائل ۲۷: ۲۹۳ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۲۵ ح ۳.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۳۵۷

المنكر لحقّه فاستحلفه فحلف أن لا حقّ له قبله، ذهبت اليمين بحقّ المدّعى» الحديث «۱».

و ردّ: بأنّ مدلولهما أنّ كلّ بيّنة على المدّعى و كلّ يمين على المنكر، لا أنّ كلّ مدّع و منكر عليه البيّنة و اليمين. و حاصله: منع عموم من أنكر و المنكر، بل نفى عموم المدّعى فى جميع الروايات أيضا.

و فيه: أنّه لا وجه لمنع العموم حتى فى قوله: «من أنكر»، لأنّ الموصولة المتضمّنة لمعنى الشرط- أى ما كان ما بعده علّة لما قبله- تفيد العموم، كما بيّن فى الأصول.

نعم، يرد عليه أولا: معارضة العمومات مع روايتى أبى بصير و ابن عمّار.

و ثانيا: أنّ [أحد] «۲» هذين المتخاصمين فى مفروض المسألة لا يصدق عليه المدّعى عليه و لا المنكر- بأىّ معنى من المعانى المذكورة لهما- فى مقابلة المدّعى، الذى هو من لو ترك ترك، إلى آخر التعاريف.

بل هما مدّعيان، فلا يتوجّه عليهما يمين و لو أبيت، إلّا أنّ المنكر عرفا من تشبّث بالإنكار، فلا يمكن أن يكون المراد الإنكار الالتزامى، إذ يكون كلّ مدّع منكرا أيضا، و لا يقول به أحد، مع أنّ الإنكار الالتزامى لا يكفى فى صدق المنكر العرفى قطعا، فلا بدّ من إرادة الصريح. و لا شكّ أنّ الإنكار الصريحى لا يكون فى جميع صور مفروض المسألة، بل إنّما هو إذا قال كلّ من المدّعيين: إنّه ليس لك، منضمّا مع قوله: إنّه لى.

---

(۱) الكافى ۷: ۴۱۷- ۱، الفقيه ۳: ۳۷- ۱۲۵، التهذيب ۶: ۲۳۱- ۵۶۵، الوسائل ۲۷: ۲۴۴ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۹ ح ۱.

(۲) ما بين المعقوفين ليس فى «ح» و «ق»، أضفناه لاستقامة المعنى.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۳۵۸

و ثالثا: أنّ المتبادر من المدّعى و المنكر فى صورة ذكرهما و مقابلتهما:

الذى لم يجتمع معه الآخر، فالمراد بالمدّعى: الذى لم يكن منكرا، و بالمنكر: الذى لم يكن مدّعيا، كما هو ظاهر.

و رابعا: أنّا لو سلّمنا الجميع فلا يحكم بعد حلفهما بالتنصيف، لجواز إسقاط حقّ كلّ منهما بحلف الآخر، فلا يحكم لواحد منهما، فتأمّل.

هذا إذا كانت دعواهما دفعة واحدة، عرفا أو حقيقة، و إلّا فيحكم بها للمتقدّم ادّعاء، و تطلب البيّنة من الآخر أو الإحلاف، كما مرّ.

ثمّ إنّ كلّ ما ذكر فى هذه الصور الأربع إذا لم تكن هناك بيّنة، و إلّا فإن كانت لأحدهما حكم بها له، لأنّ البيّنة حجّة شرعيّة. و إن كان لكلّ منهما و أمكن الجمع بينهما- كما لو شهدت إحداهما بملك زيد أمس، و الأخرى بانتقاله إلى عمرو الآن، أو أطلقت أحدهما و فصّلت الأخرى- جمع بينهما، لوجوب العمل بهما مع عدم التنافى، و لو لم يمكن الجمع فتتعارض البيّنات، و يأتى حكمه.

المسألة الثالثة: لو ادّعى أحد مالا لا يد لأحد عليه، ليس لأحد منعه من التصرّف فيه، و لا طلب البيّنة منه، و لا إحلافه

اشاره

، للأصل، و الإجماع، بل الضرورة كما قيل «۱» و موثّقة منصور، بل صحيحته: عشرة كانوا جلوسا و وسطهم كيس فيه ألف درهم، فسأل بعضهم بعضا: أ لكم هذا الكيس؟ فقالوا كلّهم: لا، فقال واحد منهم: هو لى، [فلمن هو؟] قال: «هو للذى ادّعاه» «۲»،

---

(١) انظر الرياض ٢: ۴١٣.

(٢) الكافى ٧: ۴٢٢- ۵، التهذيب ۶: ٢٩٢- ٨١٠، النهاية: ٣۵٠- ٧، الوسائل ٢٧: ٢٧٣ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٧ ح ١، و ما بين المعقوفين ليس فى «ح» و «ق»، أضفناه من المصادر.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٣۵٩

و مقتضى قوله: «هو للذى ادّعاه» أنّه يحكم به له، و أنّه يجوز ابتياعه منه و التصرّف فيه بإذنه. و نفى عنه الخلاف أيضا «١».

و قد يستدلّ له بصحيحة البزنطى أيضا: عن الرجل يصيد الطير الذى يسوى دراهم كثيرة، و هو مستوى الجناحين، و هو يعرف صاحبه، أ يحلّ له إمساكه؟ قال: «إذا عرف صاحبه ردّه عليه، و إن لم يكن يعرفه و ملك جناحه فهو له، و إن جاء طالب لا تتّهمه ردّه عليه» «٢».

و فيه: أنّ الأمر بالردّ فيها مقيّد بعدم الاتّهام، الذى هو حقيقة فى عدم تجويز كذبه، و إلّا فيكون منهما، و مع عدم تجويز الكذب يخرج عن الموضوع، لأنّه حينئذ يعلم ملكيّة الغير.

و الاحتجاج له بوجوب حمل أفعال المسلمين على الصحّة و الصدق موقوف على ثبوت القاعدة، و هو فى حيّز المنع، مع أنّها مخصوصة بالمسلم، و المدّعى أعمّ منه.

فروع:

أ: لو ادّعاه ثان بعد تصرّف المدّعى الأول له، أو الحكم به له،

يكون الثانى مدّعيا، فتجرى عليه أحكامه، و يقدّم قول الأول، للاستصحاب، و لأنّه مقتضى كونه له فهو كذى اليد، و لعدم دليل على قبول دعوى الثانى، لاختصاص الإجماع و النصّ بالأول.

و كذا إذا ادّعى الثانى بعد ادّعاء الأول بزمان لا يعدّ ادّعاؤهما دفعة عرفا، إذ بالدعوى الاولى صار مالا للمدّعى بحكم النّص، و إن لم يضمّ بعد

---

(١) كما فى الرياض ٢: ۴١٣.

(٢) التهذيب ۶: ٣٩۴- ١١٨۶، الوسائل ٢۵: ۴۶١ أبواب اللقطة ب ١۵ ح ١.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٣۶٠

معه الحكم أو التصرّف فيستصحب.

نعم، لو كان ادّعاؤهما دفعة عرفية أو حقيقيّة يجىء الإشكال، لعدم ثبوت إجماع، و الخروج عن النصّ، لظهوره فيما لا يدّعى معه فى زمان واحد عرفا، و سيأتى حكمه فى باب التنازع فى الأعيان.

ب: لو لم تكن عليه يد و لا مدّع ظاهر، لا يحكم بكونه مجهول المالك،

و لا تجرى عليه أحكامه إلّا بعد الفحص اللازم، و هو القدر الميسور منه، لعدم صدق عنوان مجهول المالك أو غير معروف المالك عرفا إلّا بعد هذا القدر من الفحص، فإذا تحقّق و تصرّف فيه النائب العام من جانب الإمام، أو تصدّق به فادّعاه مدّع، لا يسمع منه إلّا بعد الإثبات، للاستصحاب، و اختصاص النصّ و الإجماع بغير ذلك، فإن أثبته يردّ إليه مع بقاء العين، و لا ضمان مع التلف. بل و كذا على الظاهر لو ادّعاه بعد الفراغ عن الفحص و الحكم بصدق العنوان، لما مرّ.

ج: هل حكم ما فى يد أحد و لا يدّعى ملكيّته- بل يجهل مالكه،

أو ما فى ذمّة أحد كذلك- كحكم ما لا يد عليه، فيحكم به لمن يدّعيه، أو لا؟

مقتضى أصالة عدم براءة ذى اليد عن اشتغاله بإيصاله إلى صاحبه و أصالة عدم تسلّط المدّعى على أخذه و عدم شرعيّة الحكم به له: الثانى، و الموثّقة «١» مخصوصة بغير ذلك المورد.

و ممّا ذكرنا من الأصول و الخصوصيّة يظهر الفرق بينه و بين ما لا يد لأحد عليه.

و لهذا القسم أنواع كثيرة، منها: اللقطة، و الضالّة، و الكنز، و مال من لا يعرف

---

(١) أى موثقة منصور المتقدّمة فى ص: ٣٥٨.

له وارث إذا ادّعى أحد الوراثة، و المنهوب من بين جماعة غير محصورين، و المغصوب منهم، و الموروث ممّن اعترف المورّث بعدم ملكيّته، و المنسىّ صاحبه، و أحد المشتبهين اللذين كلّ منهما لشخص و تلف أحدهما، و غير ذلك.

و ما ذكرناه إنّما هو على سبيل الأصل المناسب لهذا المقام، و إلّا فلبعضها أو كلّها أحكام خاصّة، مذكورة كلّ منها فى مورده إن شاء اللّه.

د: الظاهر اختصاص الحكم بما لا يد عليه أصلا لا على عينه و لا على منفعته،

فلو كان شيء لم تكن يد على عينه، و لكن كانت منفعته فى يد واحد أو جماعة محصورين أو غير محصورين، ينتفعون به و لا يدّعون ملكيّته، لا يحكم بملكيّة أحد بمجرّد ادّعائه، و لا يخلّى بينه و بينه إلّا ببرهان و بيّنة، للأصل، و عدم ثبوت الإجماع فى مثل ذلك، بل ثبوت عدمه، و اختصاص النصّ بغير ذلك.

فلو كان هناك طريق مسلوك للعامّ أو الخاصّ- على القول بعدم كون الخاصّ ملكا لسالكيه- لا يملكه أحد بمجرّد دعوى الملكيّة، و كذا لو كان رباط ينزله الناس من غير ادّعاء ملكيّته و لا اشتهار وقفيّته، أو بركة كذلك يتروون منها. بل يحكم فى الأول بكونه طريقا، و يعمل فيه بما يعمل فى الطرق، و فى الأخيرين بمجهول المالكيّة، و اللّه العالم.

المسألة الرابعة: إذا ادّعى كلّ منهم أنّه اشترى العين من ذى اليد، و أقبض الثمن، و العين المبيعة فى يد البائع

، فهو من مسألة تنازع المتداعيين ما فى يد ثالث، و قد مرّت، و قد يذكر حكم ذلك منفردا لأجل بعض خصوصيّات البيع الذى يظهر حكمه بالتأمّل.

المسألة الخامسة: لو ادّعى اثنان أنّ ثالثا اشترى من كلّ منهما هذا المبيع، و كلّ يطالبه بالثمن

، فإن أقرّ لهما ألزم بالثمنين، لإمكان الصدق

و صحّة البيعين، بأن يشترى من أحدهما فباعه من الآخر ثمّ اشترى منه.

و إن أقرّه لأحدهما لزمه الثمن له و حلف للآخر، و إن نكل اغرم له.

و إن أنكرهما و لا بيّنة حلف لهما.

و إن أقام كلّ منهما بيّنة ثبت البيعان و يلزم الثمنان، إلّا فى صورة لم يمكن الاجتماع، فيرجع إلى المرجّحات المعتبرة الآتية فى بحث تعارض البيّنات، من الأعدليّة و الأكثريّة إن كانت، و إلّا إلى الإقراع، فمن أخرجته القرعة قضى له بالثمن الذى شهدوا به بعد حلفه للآخر، فإن امتنع حلف الآخر و حكم له، فإن امتنع قسّم الثمن بينهما مع التشابه، و يحكم لكلّ واحد منهما بنصف ما ادّعاه من الثمن مع الاختلاف.

المسألة السادسة: لو ادّعى كلّ واحد من شخصين كلّ واحد من ثوبين

- مثلا- فى يد كلّ واحد منهما أحدهما ما فى يد الآخر، فإن لم تكن بيّنة يحلف كلّ منهما للآخر بنفى ما فى يده لصاحبه، و يحكم له بما فى يده.

و إن كانت لأحدهما بيّنة يحكم له بهما جميعا، الذى فى يد صاحبه للبيّنة، و الذى فى يده لأنّه فى يده و لا بيّنة لصاحبه، إلّا أنّه يحلف لدفع صاحبه عمّا فى يده.

و لو كانت لهما البيّنة يحكم لكلّ منهما بما فى يد الآخر، لما يأتى من ترجيح بيّنة الخارج.

المسألة السابعة: إذا ادّعى زيد على عمرو عينا فى يد عمرو، و أقام المدّعى بيّنة، حكم له قطعا

، و انتزعت من يد عمرو، و تسلّم إلى زيد، فإن ادّعى عمرو بعد أخذ زيد الملك السابق، و أقام البيّنة، و شهدت البيّنة على أنّها كانت له قبل الانتزاع، لم تقبل بيّنته (وفاقا للشرائع و الإرشاد «۱» «۲».)

---

(۱) الشرائع ۴: ۱۱۶

(۲) الإرشاد ۲: ۱۵۱.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۳۶۳

لا لأنّه ذو اليد حينئذ أيضا نظرا إلى أنّه يدّعى أنّ الأخذ منه ظلم فكأنّها فى يده، لأنّه الآن ليس ذا اليد قطعا، و النزع عنه بحكم الحاكم ليس ظلما، فلا يدخل تحت ما دلّ على عدم قبول بيّنة ذى اليد، بل يصدق عليه المدّعى.

و لا لأنّه على ذلك يصير جعل المدّعى عليه خارجا، و انتزاع العين من المدّعى عليه ثانيا سهلا بتأخير بيّنته إلى الحكم و الانتزاع، لأنّه لا فساد فى ذلك، و كم من الحيل الشرعيّة التى تبنى عليها الأحكام.

و لا لأنّه نقض للحكم الأوّل، و هو غير جائز، لمنع كونه نقضا و إن عبّر به فى الشرائع و القواعد «۱»، لأنّ النقض إنّما هو إذا كان إبطالا لحكم الحاكم من جهة حكمه لا لدعوى اخرى.

بل لأنّه إمّا يقتصر على الشهادة بالملك السابق، فيرجع إلى تعارض الملك القديم و اليد الحاليّة، و سيأتى أنّ اليد مقدّمة. أو يضمّ معها قوله:

لا أعلم لها مزيلا، أو: أعتقد ملكيّته الآن للاستصحاب، و نحوهما، بناء على قبولهما، فيردّ بالعلم بالمزيل، و هو حكم الحاكم، بل و كذا لو قال:

و هو إلى الآن ملكه، لأنّ غايته أنّه أمارة كحكم الحاكم بقطع الملكيّة.

فتبقى اليد الحاليّة بلا معارض.

و إن ادّعى ملكا لا حقا بعد الانتزاع منه، و أقام عليه البيّنة، فالوجه:

قبول البيّنة و استرداد العين، لعدم التعارض بين البيّنتين.

و إن أطلق الدعوى، و أقام البيّنة المطلقة و قبلناها، فالوجه: القبول و الاسترداد أيضا، لعدم المانع، و صدق المدّعى.

---

(۱) الشرائع ۴: ۱۱۶، القواعد ۲: ۲۳۳.

و حكم فى القواعد بنقض الحكم و استرداد العين على الإطلاق الشامل للصور الثلاث، و لكن قال: على إشكال «۱». و يظهر وجه الحكم و الإشكال ممّا ذكرنا.

و بنى فى المسالك الحكم فى الصورة الأولى على أن المراد ببيّنة الخارج و الداخل هل الخروج و الدخول عند الملك المدّعى، أو حال التعارض «۲»؟ و ستعلم أنّ المعتبر حال التعارض، للصدق العرفى.

المسألة الثامنة: لو كانت العين بيديهما معا، و ادّعى أحدهما الكلّ، و الآخر النصف، و لا بيّنة

، فعلى ما ذكرنا- فى مسألة ما إذا كانت العين بيديهما، و ادّعى كلّ منهما الكلّ- من أنّ الكلّ بيد كلّ منهما يكون النصف لمدّعى الكلّ بلا معارض، و يكون النصف فى يدهما معا، فيكون هو المتنازع فيه، و حكمه حكم العين التى تنازع فيها اثنان يدهما عليه، من غير فرق بين المشاع و المعيّن.

و كذا فى صورة البيّنة لهما، يكون فى النصف حكم الكلّ الذى تنازع فيه اثنان و أقاما البيّنة، و يأتى حكمه.

و كذا يظهر حكم ما إذا زاد ما يدّعيه الآخر عن النصف، أو نقص، أو زاد المدّعون عن الاثنين. و بالجملة: جميع ما يتصوّر من الأقسام.

المسألة التاسعة: إذا تنازع الزوجان أو ورثتهما أو أحدهما مع ورثة الآخر فى أمتعة البيت الذى فى يدهما

اشارة

، فإن كانت هناك بيّنة لأحدهما كلّا أو بعضا قضى له بها بلا خلاف، و إن لم تكن بيّنة فاختلفوا فيها على خمسة أقوال:

---

(۱) القواعد ۲: ۲۳۳.

(۲) المسالك ۲: ۳۹۶.

الأوّل: أنّهما فيها سواء مطلقا

، سواء كان المتنازع فيه ممّا يصلح للرجال خاصّة أو النساء كذلك أو لهما، و سواء كانت الدار لهما أو لأحدهما أو لثالث، و سواء

كانت الزوجيّة باقية أو زائلة، و سواء كانت يدهما عليه تحقيقا بالمشاهدة أو تقديرا، فيتحالفان، أو ينكلان، فيقسّم بينهما بالسويّة، و يختصّ الحالف بالجميع لو حلف أحدهما و نكل الآخر.

حكى عن المبسوط و ظاهر الإرشاد و صريح القواعد و الإيضاح و التنقيح «۱»، و نسبه الأردبيلى فى شرح الإرشاد إلى المتن و جماعة.

و لكن كلام المبسوط ليس صريحا فى اختصاص الفتوى بذلك، لأنّه قال بعد القول المذكور: و روى أصحابنا أنّ ما يصلح للرجال فللرجل، و ما يصلح للنساء فللمرأة، و ما يصلح لهما يجعل بينهما «۲»، و فى بعض الروايات: أنّ الكلّ للمرأة و على الرجل البيّنة، لأنّ من المعلوم أنّ الجهاز ينتقل من بيت المرأة إلى بيت الرجل «۳»، و الأوّل أحوط «۴». انتهى.

فإنّ قوله: و الأوّل، يحتمل أن يراد به ما أفتى به أوّلا و حكى عنه، و أن يراد به ما رواه الأصحاب، لكونه أولا بالنسبة إلى الرواية الثانية، و يؤيّده ما فى الخلاف من جعله الأحوط ذلك «۵». و كيف كان، فلا تكون فتواه منحصرة بما حكى عنه أولا، بل هى إمّا تكون أحوط، فتجوز غيرها أيضا، أو تكون غيرها أحوط، فتجوز أيضا، بل تكون أولى.

---

(۱) المبسوط ۸: ۳۱۰، القواعد ۲: ۲۲۳، الإيضاح ۴: ۳۸۱، التنقيح ۴: ۲۷۸.

(۲) انظر الوسائل ۲۶: ۲۱۳ أبواب ميراث الأزواج ب ۸.

(۳) الكافى ۷: ۱۳۰- ۱، التهذيب ۶: ۲۹۸- ۸۳۱، الاستبصار ۳: ۴۵- ۱۵۱، الوسائل ۲۶: ۲۱۳ أبواب ميراث الأزواج ب ۸ ح ۱.

(۴) المبسوط ۸: ۳۱۰.

(۵) الخلاف ۲: ۶۴۵.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۳۶۶

ثمَّ إنّ دليلهم على ذلك ما مرّ- فى تنازع الشخصين فى عين كانت فى يدهما- من العمومات و غيرها، فإنّ هذه الدعوى أيضا فرد من سائر الدعاوى، فتشملها أدلّتها.

الثانى: إنّ ما يصلح للرجل خاصّة يحكم به للرجل، و ما يصلح للنساء كذلك يحكم به للمرأة، و ما يصلح لهما يقسّم بينهما بعد التحالف أو النكول.

حكى عن الشيخ فى النهاية و الخلاف و الإسكافى و الحلّى فى السرائر و ابن حمزة و الكيدرى و النافع و ظاهر الشرائع و التحرير و المهذّب و الدروس «۱»، و قرّبه القاضى و لكن فى الدعوى بعد الطلاق، بل هو مذهب الأكثر كما فى المسالك و شرح المفاتيح «۲»، بل هو المشهور كما فى الشرائع و صريح النكت، بل عن الخلاف و فى السرائر الإجماع عليه، و نسبه فى المبسوط- كما مرّ- إلى روايات الأصحاب «۳».

لقضاء العادة بذلك، و صحيحة رفاعة: «إذا طلّق الرجل امرأته و فى بيتها متاع فلها ما يكون للنساء، و ما يكون للرجال و النساء قسّم بينهما» قال: «و إذا طلّق الرجل المرأة فادّعت أنّ المتاع لها، و ادّعى الرجل أنّ المتاع له، كان له ما للرجال، و لها ما للنساء» «۴».

---

(۱) النهاية: ۳۵۰، الخلاف ۲: ۶۴۵، حكاه عن الإسكافى فى المسالك ۲: ۳۹۸، السرائر ۲: ۱۹۴، ابن حمزة فى الوسيلة: ۲۲۷، النافع: ۲۸۵، الشرائع ۴: ۱۱۹، التحرير ۲: ۲۰۰، المهذّب ۲: ۵۷۹، الدروس ۲: ۱۱۰.

(۲) المسالك ۲: ۳۹۸.

(۳) المبسوط ۸: ۳۱۰.

(۴) الفقيه ۳: ۶۵- ۲۱۵، التهذيب ۶: ۲۹۴- ۸۱۸، الاستبصار ۳: ۴۶- ۱۵۳، الوسائل ۲۶: ۲۱۶ أبواب ميراث الأزواج ب ۸ ح ۴، بتفاوت.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج‌١٧، ص: ٣٦٧

و موثّقة يونس: فى المرأة تموت قبل الرجل، أو رجل قبل المرأة، قال: «ما كان من متاع النساء فهو للمرأة، و ما كان من متاع الرجال و النساء فهو بينهما، و من استولى على شي‌ء [منه] فهو له» «١».

و فى موثّقة سماعة: عن رجل يموت، ماله من متاع البيت؟ قال:

«السيف و السلاح [و الرحل] و ثياب جلده» «٢».

و اختصاص الاولى بالطلاق و الثانية بالموت غير ضائر، للإجماع المركّب، و تتميم كلّ منهما بالأخرى، لعدم التنافى.

و كذلك لا يضرّ عدم تصريح صدر الصحيحة و الخبرين الآخرين بالتنازع، لشمولها له، مضافا إلى ظهورها فيه، سيّما مع ضمّ ذيل الصحيحة.

و كذا لا يضرّ عدم اشتمال كلّ من الصدر و الذيل و الخبرين على الأحكام الثلاثة بعد اشتمال الكلّ للكلّ، مضافا إلى ثبوت الحكم فى صورة صلاحية المتاع لهما بما مرّ فى القول الأول، و فى الصورتين الأخريين بالظهور المستند إلى العادة.

و الثالث: إنّ القول قول المرأة مطلقا، فالمتاع المتنازع فيه كلّه لها، إلّا ما أقام الرجل عليه البيّنة.

و هو المحكيّ عن صريح الشيخ فى الاستبصار و ظاهر الكلينى فى الكافى «٣»، و رجّحه فى شرح المفاتيح، و حكاه الأردبيلى عن التهذيب أيضا.

---

(١) التهذيب ٩: ٣٠٢- ١٠٧٩، الوسائل ٢٦: ٢١۶ أبواب ميراث الأزواج ب ٨ ح ٣.

و ما بين المعقوفين من المصدرين.

(٢) التهذيب ۶: ٢٩٨- ٨٣٢، الاستبصار ٣: ۴۶- ١۵٢، الوسائل ٢۶: ٢١۵ أبواب ميراث الأزواج ب ٨ ح ٢، ما بين المعقوفين ليس فى «ح» و «ق»، أضفناه من المصادر.

(٣) الاستبصار ٣: ۴۴، الكافى ٧: ١٣٠- ١، التهذيب ۶: ٢٩٨، و ج ٩: ٣٠١، و حكاه عنهما فى الرياض ٢: ۴١٨.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج‌١٧، ص: ٣٦٨

لصحيحة البجلى: «هل قضى ابن أبى ليلى بقضاء ثمّ رجع عنه؟» فقلت له: بلغنى أنّه قضى فى متاع الرجل و المرأة- إذا مات أحدهما فادّعى [ورثة] الحيّ و ورثة الميت أو طلّقها الرجل فادّعاه الرجل و ادّعته المرأة- بأربع قضيات- فعدّها الراوى إلى أن قال فى الرابعة:- ثمّ قضى بعد ذلك بقضاء لو لا أنّى شاهدته لم أروه عليه، ماتت امرأة منّا و لها زوج و تركت متاعا فرفعته إليه، فقال: اكتبوا إليّ المتاع، فلمّا قرأه قال للزوج: هذا يكون للرجل و المرأة فقد جعلناه للمرأة، إلّا الميزان فإنّه من متاع الرجل فهو لك- إلى أن قال:- فقلت: ما تقول أنت فيه؟ فقال: «القول الذى أخبرتنى أنّك شهدته و إن كان قد رجع عنه» فقلت: يكون المتاع للمرأة؟ فقال: «أرأيت إن أقامت بيّنة إلى كم كانت تحتاج؟» فقلت: شاهدين، فقال: «لو سألت من بينهما» يعنى: الجبلين، و نحن يومئذ بمكة «لأخبروك أنّ الجهاز و المتاع يهدى علانية من بيت المرأة إلى بيت زوجها، فهى التى جاءت به، و هذا المدّعى، فإن زعم أنّه أحدث فيه شيئا فليأت عليه بالبيّنة» «١».

و قريبة منها الصحيحة الأخرى له و لإسحاق بن عمّار، و فيها: «إلّا الميزان، فإنّه من متاع الرجل فللرجل» «٢».

و صحيحته الثالثة، و هى أيضا قريبة منهما، إلّا أنّها لا تتضمّن استثناء الميزان، و فى آخرها: فقال أبو عبد اللّه عليه السّلام: «القضاء الأخير و إن كان قد رجع عنه، المتاع متاع المرأة، إلّا أن يقيم الرجل البيّنة، قد علم من بين

---

(١) الكافى ٧: ١٣٠- ١، التهذيب ۶: ٢٩٨- ٨٣١ و ج ٩: ٣٠١- ١٠٧٨، الاستبصار ٣: ۴۵- ١۵١، الوسائل ٢۶: ٢١٣ أبواب ميراث الأزواج ب ٨ ح ١، بتفاوت يسير. ما بين المعقوفين ليس فى «ح» و «ق»، أضفناه من المصادر.

(٢) التهذيب ۶: ٢٩٧- ٨٣٠، الاستبصار ٣: ۴۵- ١۵٠، الوسائل ٢۶: ٢١٣ أبواب ميراث الأزواج ب ٨ ذ ح ١.

لابتيها» «١» يعنى: بين جبلى منى «أنّ المرأة تزفّ إلى بيت زوجها بمتاع» «٢».

الرابع: إنّ ما لا يصلح إلّا للرجال فهو للرجل، و ما يصلح لهما أو للنساء خاصّة فهو للمرأة

، و هو مذهب الصدوق فى الفقيه «٣»، و مستنده الصحيحتان الأوليان المتقدّمتان دليلا للثالث.

الخامس: الرجوع فى ذلك إلى العرف العامّ أو الخاصّ

، الدالّ على اختصاص بعضه بأحدهما، فإن وجد عمل به، و إن فقد أو اضطرب كان بينهما نصفين.

اختاره الفاضل فى المختلف و الشهيدان فى النكت و الروضة و المحقّق الشيخ علىّ، و استقربه فى الكفاية، و استحسنه فى المهذّب، و نفى عنه البأس فى شرح الشرائع للصيمرى «۴».

لأنّ عادة الشرع فى باب الدعاوى- بعد الاعتبار و النظر- راجعة إلى ذلك، و لهذا حكم بقول المنكر مع اليمين، بناء على الأصل، و كون المتشبّث أولى من الخارج، لقضاء العادة بملكيّة ما فى يد الإنسان غالبا، فحكم بإيجاب البيّنة على من يدّعى خلاف الظّاهر، و الرجوع إلى من يدّعى ظاهر العرف.

و يؤيّده استشهاده عليه السّلام بالعرف، حيث قال: «قد علم من بين

---

(١) لابتا المدينة: حرّتان عظيمتان يكتنفانها. و اللابة: هى الحرّة ذات الحجارة السود قد ألبتها لكثرتها، و جمعها: لابات، و هى الحرار، و إن كثرت فهى اللّاب و اللّوب، مجمع البحرين ٢: ١۶٨.

(٢) التهذيب ۶: ٢٩٧- ٨٢٩، الاستبصار ٣: ۴۴- ١۴٩، الوسائل ٢۶: ٢١٣ أبواب ميراث الأزواج ب ٨ ذ ح ١.

(٣) الفقيه ٣: ۶۵.

(۴) المختلف: ۶٩٨، الروضة ٣: ١٠٨، الكفاية: ٢٧٨، المهذّب ٢: ۵٧٩.

لابتيها» و قال: «لو سألت من بينهما».

أقول:

أمّا ما ذكروه دليلا للقول الأوّل فهو حسن على ما استثنوه فى مسألة التداعى فيما كان بيد المتداعيين من أنّ يد كلّ منهما على النصف، و من أنّ كلا منهما مدّع و منكر. و لكن قد عرفت ما فى الأساس الثانى.

و يمكن منع الأوّل هنا، لأنّه إنّما كان فيما إذا علم أنّ المدّعى به بيديهما معا، و هو هنا غير معلوم، و ليس أيضا ممّا لم يكن يد أحدهما عليه.

و أمّا ما ذكرناه من الأخبار للمسألة المذكورة فهى غير مفيدة للمورد، لأنّها إمّا مخصوصة بأعيان خاصّة ليس المورد منها، أو مخصوصة بالمورد حاكمة فيه بغير ذلك.

مع أنّه لو سلّم الأساسان فهما عامّان، و أخبار المسألة خاصّة، يجب تخصيصهما بها، سيّما مع موافقة الخصوص للشهرة المحقّقة و

المحكيّة «۱» و الإجماعات المنقولة «۲»، و ندرة القائل بحكم العموم للمورد، سيّما مع ما عرفت من عدم اقتصار فتوى المبسوط بذلك «۳»، و رجوع الفاضل عنه فى المختلف «۴»، و عدم ظهور كلامه فى الإرشاد على الحكم بذلك، فلا محيص عن قطع النظر عن ذلك القول و تركه.

و أمّا ما ذكروه دليلا للثانى، فأمّا أول دليليهم- و هو قضاء العادة- فإنّه إن أريد به قضاء العادة فى المالكيّة، بمعنى: أنّ العرف و العادة يقضيان بأنّ

---

(۱) كما قد يستفاد من الشرائع ۴: ۱۱۹.

(۲) كما فى الخلاف ۲: ۶۴۵، السرائر ۲: ۱۹۴.

(۳) المبسوط ۸: ۳۱۰.

(۴) المختلف: ۶۹۸.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۳۷۱

ما يصلح للرجال فهو من مال الرجال، و كان هو ملكه، و هو الذى جاء به، و ما كان للنساء فهو من مال النساء كذلك، و ما يصلح لهما فهو يحتمل الأمرين.

ففيه أولا: أنّه ليس كذلك كلّيا و لا غالبا، فكم من امرأة معسرة من بيت فقير يعلم أنّها لا تملك شيئا أو إلّا قليلا، يتزوّجها رجل من الأغنياء المتموّلين و يهيّئ لها من الألبسة النسائيّة و الحلى و الحلل ما لا يحصى كثرة، و قد يموت أحدهما فى أسرع وقت، يعلم أنّه لم تتمكّن الزوجة من تحصيل هذه الأشياء بنفسها.

و كم من أمة يعتقها مولاها و يتزوّجها و لا شىء لها.

و كم من امرأة مات أخوها أو أبوها أو ولدها أو زوجها السابق، فترث منه ألبسه رجاليّة و أسلحة و سروجا.

و كم من رجل ماتت زوجته السابقة أو أمّها أو بنتها أو أختها، فيرث منها مقانع و حليّا و ثيابا نسائيّة.

و ثانيا: أنّه إن أريد بالعادة عرف زمان خاصّ و بلد مخصوص نادر، فظاهر أنّ مثل ذلك ممّا لا يعتنى به الفقيه، و لا يجعله دليلا على حكم كلّى عامّ يشمل الأزمان و البلدان جميعا.

و إن أريد غير ذلك، فهو ليس كذلك، كما يشاهد فى هذه الأزمان- بل يقطع به من قبل ذلك بكثير و فى أكثر هذه البلدان- من أن الزوج يجىء بأكثر الألبسة النسائيّة و حليّها، و الزوجة الموسرة بقدر حالها تجىء بلباس لزوجها، و هذا أمر متعارف مشاهد، مع أنّ هذا أمر مختلف باختلاف الأزمان و الأشخاص و البلدان و القرى و الطوائف، اختلافا محسوسا مشاهدا.

و إن أريد بقضاء العادة قضاؤها فى اليد، و كان المراد تعيين ذى اليد

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۳۷۲

منهما، حيث إنّ الغالب اشتباه من بيده منهما فى متاع البيت، حتى يحكم بمقتضى اليد.

ففيه: أنّه إن أريد القضاء العلمىّ- كما يظهر من المحقّق الأردبيلى- فهو ممنوع، إمّا مطلقا، أو إلّا نادرا، فى مثل اللباس الذى يلبس كلّ يوم أو غالبا.

و إن أريد الظنّى، فمع أنّه أيضا لا يحصل كلّيا- فإنّ من المشتركات ما يظنّ أنّه بيد المرأة، تتصرّف فيه فى البيت كالأوانى و السفرة و المكنسة و غيرها- لا حجّية فيه، و لا يعدّ مثل ذلك قضاء، مع أنّ المعتاد فى بعض البلدان أنّ التصرّف فى الأدوات الرجاليّة أيضا مع النسوان.

و أمّا ثانى دليليهم- و هو الأخبار- فهو حسن، إلّا أنّه تعارضها الأخبار الثلاثة التى [بعدها] «۱» للبجلى «۲»، فلا بدّ أن ينظر فى حال

المتعارضين، و سيأتى.

و أمّا دليل القول الثالث- و هو الأخبار الثلاثة المشار إليها- فالأخيرة منها و إن طابقته و لكنّ الأوليين لا تطابقانه، لدلالتهما على اختصاص ما يختصّ بالرجال بالرجل، فإنّه الذى حكم به ابن أبى ليلى أخيرا و صحّحه الإمام عليه السّلام، و المتاع الذى كتبوه و حكم فيه بكونه للمرأة مصرّح به فيهما بكونه للرجل و المرأة، و هو المراد من قوله: فقلت: يكون المتاع للمرأة؟

فإنّ اللّام للعهد، بقرينة قوله: «القول الذى أخبرتنى».

و لو أريد مطلق المتاع ليحصل التعارض بين القولين و التنافى- و لو

---

(۱) بدل ما بين المعقوفين فى «ح»: يعدّها و فى «ق» «يعد» و الظاهر ما أثبتناه، و الضمير عائد إلى الأخبار الأولى.

(۲) المتقدمة فى ص: ۳۶۸.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۳۷۳

لم يجعل الأوّل قرينة للثانى أيضا- يحصل الإجمال فى المراد، و يجب الأخذ بالمتيقّن، و هو متاع الرجال و النساء، و لم يعلم أيضا دخول ما يختصّ بالرجال فى الجهاز الذى يجاء به من بيت الزوجة، بل الظاهر إمّا متاع النساء خاصّة، أو المشترك، إذ لا يرتاب أحد فى أنّ للزوج أيضا فى البيت شيئا، لأنّه لم يدخله عاريا فلا يحتاج فيما يختصّ بالرجال- و لو شيئا- إلى البيّنة.

بل نقول: إنّه يعلم كلّ من بين لابتيها- بل كلّ أحد- أنّ الزوج ليلة الزفاف لم يكن جالسا فى بيته عاريا مكشوف الرأس و العورة، بلا فراش و لا وطاء و لا آنية و لا إبريق و لا كوزة و لا سراج، منتظر لأن تجىء الزوجة بهذه الأشياء، و الغالب أنّ لباسه غير منحصر بما لبسه حينئذ أيضا. و على هذا، فيكون للزوج أيضا شىء فى البيت قطعا، فيحصل الإجمال فى المراد من التعليل المذكور، و لا يصلح قرينة لشىء.

و لكون الأوليين أخصّ مطلقا من الأخيرة فيجب تخصيصها بهما، مع أنّ الواقعة فى الجميع واحدة.

و على هذا، فلا تصلح تلك الأخبار دليلا لذلك القول أصلا، مع أنّ وجود القائل بهذا القول غير معلوم، فإنّ نسبته إلى الكلينى ليست إلّا لمجرّد نقل هذه الأخبار، كما صرح به من نسبه إليه، و هو لم ينقل إلّا الخبرين الأولين، فلو صحّت النسبة من هذه الجهة لكان هو أيضا كالصدوق، و قائلا بالقول الرابع.

و ما ذكره الشيخ فى كتابى الأخبار- سيّما الاستبصار- ليس صريحا و لا ظاهرا فى الاختيار، و إنّما دأبه فيهما إبداء الاحتمالات للجمع بين الأخبار. و منه يظهر سقوط هذا القول أيضا من درجة الاعتبار.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۳۷۴

و أمّا دليل القول الرابع- و هو الخبران الأولان للبجلى، أو مع الثالث بعد الجمع- فهو كان حسنا لو لا معارضته مع أخبار القول الثانى، و ندرة القائل بمضمونهما، بل لا يعلم قائل به، فإنّ عبارة الصدوق ليست صريحة فى اختيار «۱» ذلك، و إنّما ذكر ذلك فى بيان معنى الحديث، و سيأتى الكلام فيه.

و أمّا القول الخامس، فمراد القائل به إمّا الرجوع إلى العرف و العادة فى الحكم بالملكيّة، يعنى: أنّ ما يحكم العرف و العادة بكونه ملكا للزوج يحكم به له، و ما يحكمان فيه بكونه ملكا للزوجة يحكم به لها.

أو مراده: الرجوع إليهما فى تعيين ذى اليد، أى ما جرت العادة فيه بكونه فى يد الزوجة يحكم بكونه فى يدها، فيقدّم قولها بدون البيّنة مع اليمين، و ما جرت فيه بكونه فى يد الزوج يحكم بكونه فى يده كذلك.

و على الأوّل، إمّا يكون المراد: الملكيّة الحاليّة، أى يرجع إلى العرف و العادة، فيحكم بالملكيّة للزوج حال التنازع فيما يحكمان حينئذ بكونه ملكا له، و بالملكيّة للزوجة كذلك.

أو يكون المراد: الملكيّة السابقة، أى يرجع إلى بناء العرف و العادة فيما تجىء به الزوجة إلى بيت الزوج من مالها، و يأخذه الزوج من ماله و يجىء به، فيبنى الحكم عليه.

و على جميع التقادير، إمّا يكون المراد بالعرف و العادة: ما يفيد منهما العلم، أو الأعمّ منه و من الظنّ.

فإن كان المراد العلم، فلا حكم علميّا للعرف و العادة فى الملكيّة

---

(۱) فى «ق»: اعتبار ..

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۳۷۵

السابقة فى أمتعة البيت من حيث هى كذلك أبدا، لا فى الأزمنة السابقة و لا اللّاحقة، و من أين يحصل ذلك العلم لو لا الأمور الخارجة؟! و لو فرض حصول علم بذلك لأجل العادة المفيدة للعلم فنحن نسلّم الحكم فيه، و لكنّه ليس مخصوصا بأمتعة البيت، بل كلّ شىء علم الحاكم أنّه من مال أحد المدّعيين بإحدى طرق العلم أو أنّه بيده يحكم له بمقتضاه.

و إن كان المراد الأعمّ، فحصول الظنّ بالملكيّة السابقة- سيّما إذا مضت من مبدأ النكاح مدّة متطاولة، كخمسين سنة أو ستين- مشكل غالبا.

و لو قطع النظر عن ذلك فلا تضايق بتسليم الظنّ العادى فى بعض الأشياء بالنسبة إلى بعض الأشخاص أو الطوائف فى بعض البلاد أو الأزمان، و إن منعه صاحب التنقيح أيضا و منع الرجحان «۱». مستند الشيعة فى أحكام الشريعة ج۱۷ ۳۷۵ الخامس: الرجوع فى ذلك إلى العرف العام أو الخاص ..... ص : ۳۶۹

لكن ما الدليل على اعتبار ذلك الظنّ؟ فإنّه لو كان المناط هو الظهور فالظنّ لم تكن له جهة اختصاص بمتاع البيت و الزوج و الزوجة، بل يلزم الأخذ به فى غير ذلك المورد، كدعوى الرجل مع أخته، و يعتبر الظنّ الحاصل من الشاهد الواحد، بل من حال المدّعى و المدّعى عليه.

و لا يمكن أن يقال: إنّه خرج بالإجماع، إذ الإجماع لم يختصّ بموضع دون موضع، بل انعقد على عدم اعتبار الظهور الظنّى غير الظنون المخصوصة فى هذا الباب.

و العجب كلّ العجب من الفاضل، حيث استشهد لاعتبار التنازع الظاهر فى باب الدعاوى بقبول قول المنكر مع اليمين، باعتبار قضاء العادة بملكيّة الإنسان غالبا ما فى يده «۲»، و لم يستشهد لعدم اعتبار الظهور بعدم

---

(۱) التنقيح الرائع ۴: ۲۷۹.

(۲) المختلف: ۶۹۸.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۳۷۶

قبول دعوى المدّعى العادل المتديّن شيئا فى ذمّة الفاسق المتغلّب، و لو ضمّ معه شهادة فاسقين مورثة لشدّة الظهور، و نحو ذلك، مع أنّ تقديم قول المنكر لا يختصّ بالأعيان الكائنة فى اليد، بل يشمل ما فى الذمّة أيضا، مع أنّ منشار النجّار و كتاب العالم إذا كان بيد شخص معروف بالسرقة و خرج من بيت النجّار و العالم لو ادّعاه النجّار و العالم يقدّم قول ذى اليد السارق، مع أنّ الظاهر خلافه، فيعلم أنّ ذلك ليس باعتبار الظهور و المظنّة.

هذا إذا كان المراد الملكيّة السابقة.

و لو أريد الملكيّة الحالية فلا وجه لحصول العلم أو الظنّ بها من حيث إنّه متاع البيت و أنّهما الزوجان أصلا، و كيف يعلم أو يظنّ بما وقع بينهما فى زمان اجتماعهما؟! و كذا الكلام إن كان المراد تعيين ذى اليد بالعرف و العادة.

فإن قيل:

التعليل المذكور الذى ذكره الإمام عليه السّلام فى الأخبار الثلاثة «١» بقوله: «يعلم من بين لابتيها» إلى آخره، يدلّ على اعتبار العادة فى ذلك.

قلنا:

العلّة المذكورة هى العلم كما فى بعضها، و الإخبار العلميّ- الذى هو وظيفة البيّنة- كما فى بعض آخر، و لا كلام فيه حينئذ، و إنّما الكلام فى تحقّق العلم العادى كما هو المعلوم، و لعلّه كان عادة مخصوصة معلومة فى بلده عليه السّلام فى ذلك الزمان، مع أنّ فى التعليل إجمالا لا يتمّ الاستدلال به، كما مرّت الإشارة إليه.

و من ذلك ظهر خلوّ هذا القول عن الدليل التامّ أيضا، فلا ينبغى الارتياب فى سقوطه من البين. و ظهر بطلان الأقوال الثلاثة، التى هى غير

---

(١) المتقدّمة فى ص: ٣٦٨- ٣٦٩.

الثانى و الرابع.

و بقى الكلام فيهما و فى دليلهما، فنقول: لا شكّ فى كون متاع النساء للنساء، للتصريح به فى روايات القول الثانى، و عدم دلالة سائر الروايات على خلافه إن لم تدلّ عليه بالأولويّة أو العموم.

و لا فى كون متاع الرجال للرجال، لتصريح صحيح رفاعة و موثّقة سماعة و صحيحتى البجلى الأولين «١» من غير معارض أيضا، سوى عموم صحيحة البجلى الأخيرة، و تخصيصها بالخصوصيّات متعيّن، مع أنّ فى عمومها نظرا، بل الظاهر أنّ المراد بمتاع المرأة فيها هو المتاع الذى حكم فيه أبو ليلى، و صرّح بأنّه يكون للرجل و المرأة.

نعم، يقع التعارض بين الأخبار فى المتاع المشترك، فإنّ صريح صحيحة رفاعة و موثّقة يونس أنّه يقسّم بينهما، و صريح الصحاح الثلاثة للبجلى- التى هى صحيحة واحدة حقيقة، و إن كان بعض رجال أسنادها مختلفة- أنّه للمرأة، فلا بدّ من الترجيح، و لا شكّ أنّه للأولين، لمخالفة الأخيرة للشهرة العظيمة القديمة و الجديدة، بل عدم عامل بها صريحا البتّة، سوى المشايخ الثلاثة، و اثنان منهما و إن شاركا الآخر فى ذلك الحكم و لكنّهما خالفاه فى حكم متاع الرجال، و خالفا الصحاح أيضا، فليس عامل بها إلّا الصدوق خاصّة، و عمله أيضا غير معلوم كما مرّت إليه الإشارة، بل عمل الشيخين الأخيرين أيضا، فلا شكّ أنّ مثل ذلك الخبر ليس بحجّة و إن لم يكن له معارض، فكيف معه؟! هذا، مع ما فى دلالة الصحاح على إطلاق الحكم و كلّيته من

---

(١) المتقدّمة جميعا فى ص: ٣٦۶ و ٣۶٧ و ٣۶٨.

المناقشة، لمكان التعليل المذكور فيها، فإنّ مقتضاه أنّ الحكم المذكور مخصوص بما توجد فيه العلّة، و هو العلم بأنّ الزوجة أهدت الجهاز و المتاع إلى بيت الزوج، و لم يعلم أنّ للزوج أيضا فيه شيئا، فلا يجرى فيما علم أنّ الزوجة لم تهد الجهاز إليه، أو لم يعلم ذلك، أو علم أنّ الزوج أرسل أمتعته إلى بيت الزوجة، و هى أهدتها- أو مع شىء آخر- إلى بيت الزوج، كما هو متعارف الآن فى كثير من البلدان، أو علم أنّ للزوج أيضا فى بيته أمتعة.

و بالجملة: لا يثبت الحكم فى غير مورد تجرى فيه العلّة، كما هو الآن فى أكثر البلدان.

و ظهر من ذلك أنّ الترجيح للروايتين الأولين، الحاكمتين بأنّ المتاع يقسّم بينهما، و أنّ الحقّ هو القول الثانى، فعليه العمل.

فروع:

أ: اعلم أنّ أخبار المسألة خالية عن ذكر اليمين رأسا،

بل الظاهر منها انتفاؤها، و لا دليل على ثبوت اليمين إلّا عمومات اليمين على من ادّعى عليه، بجعل المرأة مدّعى عليها فيما يصلح لها، و الرجل فيما يصلح له، و كلّ منهما فى النصف فيما يصلح لهما، و قد عرفت حالهما فى مثل المورد.

إلّا أنّ ظاهر الأصحاب الاتّفاق على ثبوتها، و من لم يتعرّض لها فإنّما هو لأجل كون المقام مقام بيان من يقدّم «١» قوله فقط.

و يؤيّد ثبوتها الاعتبار أيضا، فإنّ ما يصلح للمرأة لو كان بيدها فى غير

---

(١) فى «ح»: تقدّم ..

بيت زوجها، و ادّعى الزوج، لا يترك للمرأة بدون يمينها، فكيف إذا كان فى بيت الزوج و لم تثبت يدها، و كذلك الرجل؟! و يمكن أن يجعل ذلك دليلا بالأولويّة، فالظاهر أنّ الأحكام الثلاثة إنّما هى بعد اليمين، فيحكم بمقتضاها، و مع النكول يحكم بمقتضاه.

و هذا ظاهر إذا كانت الدعوى بين الزوجين بنفسهما، و لو كانت بين أحدهما و وارث الآخر، فيحلف أحدهما فيما يتعلّق به على البتّ، و الوارث فيما يتعلّق به على نفى العلم بأنّه من مال المدّعى، لأنّ الأخبار مطلقة بأنّه من مال مورّثه، و لم يثبت الإجماع- لو كان هنا- على الأزيد من ذلك.

و يؤكّده أنّه يكتفى فيما فى يد مورّثه بذلك الحلف لو ادّعى على الوارث، و هذا أقوى منه، لتصريح الأخبار بأنّه له «١».

و يجب أن يكون الحلف على الوارث بعد ادّعاء المدّعى العلم عليه، و إلّا فيعطى بلا يمين.

و يحتمل ثبوت اليمين عليه إلّا إذا أقرّ المدّعى بعدم علمه، بناء على أن يقول: إنّ هذا اليمين جزء الحكم، لا أنّه حقّ لغيره، كاليمين الاستظهاريّة و جزء البيّنة.

و منه يظهر الحكم لو كانت الدعوى بين الوارثين، فيحلف كلّ منهما على نفى العلم بالتفصيل المذكور.

و لو كان أحد الوارثين أو كلاهما صغيرا أو مجنونا أو غائبا يدفع ما يتعلّق به إلى وليّه بدون يمين، كما إذا كان بيد مورّثه فى بيت آخر، لإطلاق الأخبار بأنّه له، و لا يقصر ذلك من حكم الشارع باقتضاء اليد الملكيّة.

---

(١) الوسائل ٢٧: ٢٤٩ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٢.

ب: الحكم المذكور مخصوص بمتاع البيت الذى لم يعلم أنّه بيد أحدهما و تصرّفه بخصوصه،

و لو علم ذلك- كالثوب الذى على الرجل أو المرأة، أو الحلىّ الذى عليها- فهو لذى اليد بعد اليمين، لقوله عليه السّلام فى موثّقة يونس: «و من استولى على شىء منه فهو له» «١».

و على هذا، فلو كان فى الدار بيت أو فى البيت مخزن كان بيد أحدهما- أى هو الذى يغلق بابه و يفتح، و مفتاحه بيده دون الآخر، و بالجملة يكون بيده خاصّية عرفا- فيحكم بما فيه له و إن كان ممّا يصلح للآخر أو مشتركا، إلّا إذا كان إغلاقه و فتحه بأمر الآخر أو بإذنه، أو لأجل مصلحته، أى لا يكون بحيث لا يقال عرفا: إنّه بيت ذلك أو مخزنه، و يده عليه دون الآخر.

و كذا لو كان فى البيت صندوق، هو ملك أحدهما و مفتاحه بيده، و لا يدخل الآخر يده عليه بدون رضاه.

ج: و أيضا يختصّ الحكم بمتاع البيت أو الدار الذى هما يسكنانه و يتردّدان فيه لا غير ذلك،

كما يظهر من التعليل الوارد فى صحيحة البجلى، حيث قال: «يهدى إلى بيت زوجها» «٢»، و كذا يظهر من صحيحة رفاعة و موثّقة سماعة «٣».

و أمّا قوله فى موثّقة يونس: «ما كان من متاع النساء» و كذا قوله: «و ما كان من متاع الرجال و النساء» فلا بدّ له من قيد، مثل قوله: ما كان متعلّقا بهما، أو: بيدهما، أو: فى بيتهما، أو نحو ذلك. و حيث لا يعلم القيد

---

(١) المتقدّمة فى ص: ٣۶٧.

(٢) المتقدمة فى ص: ٣۶٨.

(٣) المتقدمتان فى ص: ٣۶۶ و ٣۶٧.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٣٨١

فيقدّر المتيقّن، و هو متاع البيت كما فى سائر الأخبار.

و المراد من متاع البيت: ما يكون فى بيتهما يتمتّعان به، أىّ شىء كان، و لذا مثّل بعضهم لما يصلح للرجال منه بالأسلحة و المناطيق، و ما يصلح لهما بالفرش و الحبوبات، و عدّ فى موثّقة سماعة السيف و السلاح من متاع البيت، و ليس المراد ما يتعارف التمتّع به فى البيت، كما فى لفظ أثاث الدار.

و يشترط أن يكون البيت أو الدار ممّا يتعلّق بهما و يتصرّفان فيه، فلو كان للزوجة بيت معيّن فى الدار، و لا مدخل لها فى غيره، لا يجرى الحكم فى متاعه.

و منه بيت الضيافة للرجال، و بيت الحكم و التدريس، و الإصطبل، الذى يختصّ بالتصرّف فيه الرجل.

و لو كان لأحدهما شىء خارج البيت يحكم فيه لذى اليد منهما، و لو كان بيد ثالث يصدّق قوله فى حقّهما، كما مرّ بأقسامه.

د: لا فرق فى الحكم المذكور

بين ما إذا كان التداعى فى تمام متاع البيت أو بعضها، لإطلاق الأدلّة.

ه: اعلم أنّ الحكم فى أكثر الأخبار المذكورة مخصوص بالزوجة الدائمة،

لتصريح صحيحة رفاعة بالطلاق المختصّ بها، و اشتمال الصحاح الثلاث على قوله: «طلّقها» المخصّص للمرأة- التى هى مرجع الضمير- بالدائمة، أو الموجب للتوقّف فى التخصيص و العموم.

و لكن مقتضى إطلاق المرأة فى موثّقة يونس ثبوت الحكم فى المنقطعة أيضا، و هو مقتضى دليل القائلين بالقول الأوّل، لأنّ مرجعهم إلى العمومات الجارية فى كلّ أحد و منه المنقطعة، و كذا دليل القائلين بالقول الأخير، و هو الرجوع إلى العرف إن تحقّق و إلّا فإلى العمومات. و لذا

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٣٨٢

أجرى فى القواعد الحكم فى تداعى العطّار و النجّار فى آلاتهما «١».

و منه يعلم عدم انعقاد إجماع على التخصيص بالدائمة، و حينئذ فالعمل بمقتضى إطلاق الموثّقة- مع عدم منافاة اختصاص البواقى له- أولى و أظهر.

و: لو ادّعى أحدهما اليد المستقلّة على بعض المتاع، فإن كان ممّا يختصّ به فلا تترتّب ثمرة على المتنازع،

لاتّحاد حكمه مع ثبوت اليد و عدمه.

و لو ادّعاها فی المختصّ بالآخر أو المشترك يترافعان أولا فی ذلك، فعلى مدّعى اليد الإثبات، فإن أثبتها يقدّم قوله، و إلّا فله إحلاف الآخر، فإن نكل فعليه حكمه، و إن حلف تنفی اليد المستقلّة، و يحكم بمقتضى حكم متاع البيت الذی لا يستولی عليه أحدهما.

ز: هل الحكم المذكور مخصوص بما لم تعلم فيه ملكيّته السابقة لأحدهما،

و أمّا فيما علم فيه فيستصحب حتى يظهر خلافه، أو لا، بل يجری فيه أيضا؟

مقتضى التعليل المذكور فی الصحاح الثلاث: الأوّل، لأنّه صرّح بأنّ هذا الحكم لأجل ملكيّة الزوجة السابقة، و لو ادّعى الزوج أنّه أحدث فی البيت شيئا فعليه البيّنة. و لا يضرّ ترك العمل بأصل الحكم فيها، لأنّ ترك جزء من الحديث- لمعارض- لا يوجب ترك الباقی.

و لكنّ مقتضى إطلاق سائر الأخبار: [الثانی] «٢»، فيتعارضان بالعموم من وجه، و يرجع إلى استصحاب الملكيّة، بل اليد السابقة أيضا.

فالحقّ هو: الأوّل، إلّا أن تعلم يد مستقلّة حاليّة فيه للآخر، فتقدّم على الملكيّة السابقة، و اللّه العالم بحقائق الأمور.

---

(١) القواعد ٢: ٢٢٣.

(٢) بدل ما بين المعقوفين فی النسخ: الأوّل، و هو غير صحيح.

مستند الشيعة فی أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٣٨٣

الفصل السادس فی بيان نبذة من أحكام تعارض الملك السابق و اليد، و تعارض البيّنات و تصادقهما

اشاره

بحيث يستلزم العمل بكلّ منهما تكذيب الأخرى، و إلّا فيجب التوفيق بينهما، و العمل بكلّ منهما، لكونه حجّة شرعيّة، و هو غالبا يكون فی تنازع الأعيان.

و قد يتحقّق فی الديون إذا بيّن المدّعی السبب، كأن يقول: لی عليه عشرة ثمن الفرس الفلانی الذی بعته يوم كذا، و أقام عليه بيّنة، و أقام المدّعی عليه البيّنة على أنّ هذا الفرس بعينه مات بشهر قبل ذلك عند المدّعی.

و قد يتحقّق فی سائر الحقوق أيضا، كأن يقيم المدّعی البيّنة على أنّه جرحه اليوم الفلانی فی موضع كذا، و أقام المدّعی عليه البيّنة على أنّه كان فی ذلك اليوم فی بلدة اخرى بينهما مسافة عشرة أيّام.

ثمّ العين التی تعارضت فيها البيّنتان إمّا تكون فی يد أحد المتداعيين، أو يدهما معا، أو يد خارج عنهما، أو لا تكون عليها يد. و نبيّن أحكامها فی مسائل:

المسألة الأولى: إذا كانت فی يد أحدهما و أقام كلّ منهما بيّنة، فللأصحاب فيه أقوال:

الأوّل: ترجيح بيّنة الخارج مطلقا

، سواء شهدت البيّنة من الجانبين بالملك المطلق، أو المقيّد بالسبب، أو التفريق.

مستند الشيعة فی أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٣٨٤

و هو المحكيّ عن والد الصدوق و الشيخ فی كتاب البيوع من الخلاف و الديلمی و ابن زهرة و الكيدری «١»، و عن الغنية دعوى إجماعنا عليه، و اختاره طائفة من المتأخّرين «٢»، منهم بعض مشايخنا المعاصرين «٣».

و دليلهم على ذلك: الإجماع المنقول، و المستفيضة المصرّحة: بأنّ البيّنة على المدّعی و اليمين على المدّعى عليه «۴»، فإنّ التفصيل قاطع للشركة، و مقتضاها اختصاص قبول البيّنة من المدّعی، كما استدلّ به أكثر الأصحاب.

و يدلّ عليه صريحا خبر منصور- الذی لو كان فيه ضعف فبالشهرة مجبور-: رجل فی يده شاة، فجاء رجل فادّعاها، فأقام البيّنة العدول أنّها ولدت عنده، و لم يهب و لم يبع، و جاء الذی فی يده بالبيّنة مثلهم عدول و أنّها ولدت عنده، و لم يهب و لم يبع، فقال: «حقّها للمدعی، و لا أقبل من الذی فی يده بيّنة، لأنّ اللّه تعالى إنّما أمر ان تطلب البيّنة من المدّعی، فإن كانت له بيّنة و إلّا فيمين الذی هو فی يده، هكذا أمر اللّه عزّ و جلّ» «۵».

و هذه الرواية بنفسها أيضا حجّة مستقلّة على المطلوب، و ذكر السبب فی السؤال غير ضائر، لعموم الجواب و العلّة.

---

(١) حكاه عن والد الصدوق فی المقنع: ١٣٣، الخلاف ٣: ١٣٠، المراسم: ٢٣۴، ابن زهرة فی الغنية (الجوامع الفقهية): ۶٢۵.

(٢) كالعلّامة فی القواعد ٢: ٢٢٢، الشهيد الثانی فی الروضة ٣: ١٠٨ و ١٠٩، الفاضل الهندی فی كشف اللثام ٢: ٣۶۵.

(٣) انظر الرياض ٢: ۴١٩.

(۴) انظر الوسائل ٢٧: ٢٣٣ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٣.

(۵) التهذيب ۶: ٢۴٠- ۵٩۴، الاستبصار ٣: ۴٣- ١۴٣، و فيهما بتفاوت يسير، و أورد ذيله فی الوسائل ٢٧: ٢٣۴ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٣ ح ۴.

مستند الشيعة فی أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٣٨۵

و الرضویّ المنجبر ضعفه بما ذكر، قال عليه السلام: «فإذا ادّعى رجل على رجل عقارا أو حيوانا أو غيره، و أقام بذلك بيّنة، و أقام الذی فی يده شاهدين، فإنّ الحكم فيه أن يخرج الشیء من يد مالكه إلى المدّعی، لأنّ البيّنة عليه» «١».

و مبنى استدلالهم على أصالة عدم حجّية بيّنة الداخل، فلا يرد عليهم:

أنّه إن كان بناؤهم على عدم حجّيتها فهو مناف لقبولها فی بعض الموارد، و إن كان على قوّة الظنّ فقد يكون الظنّ الحاصل من بيّنة الداخل أقوى من بيّنة الخارج. فإنّا نختار الأوّل، و الأصل لا ينافی الخروج عنه بالدليل.

قيل:

ظاهر المستفيضة أنّ وجوب البيّنة على المدّعی لا عدم الحكم بها لو أقامها المنكر، أی تجب البيّنة على المدّعی، و لا يكلّف المنكر تجشّمها، و اليمين أيضا لا- يجب إلّا على المنكر، فالتفصيل إنّما هو فی الواجب لا فی الجائز، فنقول بسماع بيّنة المنكر أيضا، كما صرّح به جماعة فی موارد عديدة:

منها:

ما ذكروا فی مقام تعارض البيّنات، بأنّهما تعارضتا فتساقطتا، و التساقط لا يكون إلّا مع حجّيتهما، و بأنّ لذی اليد دليلين: اليد و البيّنة، و بتقديم الأعدل و الأكثر منهما.

و منها:

ما ذكره الفاضل فی القواعد و التحرير و الشهيد فی الدروس من سماع بيّنة ذی اليد قبل المخاصمة للتسجيل، و بعدها لدفع اليمين.

و يدلّ على سماع بيّنة الداخل أيضا عموم قولهم: «أحكام المسلمين

(١) فقه الرضا عليه السّلام: ٢۶١، مستدرك الوسائل ١٧: ٣٧٢ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٠ ح ٣.

على ثلاثة: شهادة عادلة، أو يمين قاطعة، أو سنّة ماضية» «١».

و قوله سبحانه لنبيّ من الأنبياء: «اقض بينهم بالبيّنات، و أضفهم إلى اسمى» «٢».

و كون قول العدلين دليلا شرعيّا غالبا.

و خصوص الأخبار، كصحيحة حمّاد الحاكية لأمر اللعين موسى بن عيسى فى المسعى، إذ رأى أبا الحسن موسى عليه السّلام مقبلا [من المروة على بغلة، فأمر ابن هياج رجلا من همدان منقطعا إليه أن يتعلّق بلجامه و يدّعى] البغلة، فأتاه و تعلّق باللجام، و ادّعى البلغة، فثنى أبو الحسن عليه السّلام رجله و نزل عنها، و قال لغلمانه: «خذوا سرجها و ادفعوها إليه» فقال: و السرج أيضا لى، فقال: «كذبت، عندنا البيّنة بأنّه سرج محمّد بن على، و أمّا البغلة فإنّا اشتريناها منذ قريب، و أنت أعلم بما قلت» «٣».

و رواية فدك المتقدّمة «۴»، فإنّه لو كانت إقامة البيّنة للمنكر بلا فائدة و غير مجوّزة لكان أولى بالمجادلة به مع أبى بكر.

و رواية حفص السابقة «۵»، حيث قال فيها: أ يجوز لى أن أشهد أنّه له؟ إلى غير ذلك.

(١) الكافى ٧: ۴٣٢- ٢٠، التهذيب ۶: ٢٨٧- ٧٩۶، الخصال: ١۵۵- ١٩۵، الوسائل ٢٧: ٢٣١ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١ ح ۶.

(٢) الكافى ٧: ۴١۴- ٣، التهذيب ۶: ٢٢٨- ۵۵١، الوسائل ٢٧: ٢٢٩ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١ ح ٢ و فيه: اقض عليهم ..

(٣) الكافى ٨: ٨۶- ۴٨، الوسائل ٢٧- ٢٩١ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٢۴ ح ١، بدل ما بين المعقوفين فى «ح» و «ق»: على بغلته رجلا أن يدّعى، و ما أثبتناه من المصدر.

(۴) فى ص: ٣٣٣.

(۵) فى ص: ٣٣٣.

و أمّا رواية منصور «١» فيمكن أن يكون وجه التعليل فيها: أنّ اللّه حكم بإعمال بيّنة المدّعى و إحقاق حقّه بمجرّد البيّنة و إن ثبتت للمدّعى عليه أيضا بيّنة، إلّا أنّه لا يمكن ثبوت حقّ المدّعى عليه بالبيّنة إذا لم تكن للمدّعى بيّنة «٢».

أقول أوّلا:

إنّ ما ذكره- من أنّ غاية ما يفيده، إلى آخره- فيه: إنّه لو سلّمنا أنّ معنى قولهم: البيّنة على المدّعى و اليمين على المدّعى عليه، ما ذكره من التفصيل بين الواجبين دون الجائزين معيّنا أو احتمالا، فمع منعه- كما يأتى- يرد عليه: أنّه يمكن للمستدلّ أن يقول: إنّه على التقديرين يثبت ترتّب الأثر على بيّنة المدّعى، و أمّا تأثير بيّنة المنكر فيكون احتماليّا، بل يكون مسكوتا عنه على ذلك الاحتمال أيضا، و الأصل عدمه. و ما ذكره دليلا لتأثيره غير ناهض كما يأتى، فيمكن تتميم الاستدلال أيضا.

و ثانيا:

إنّه على ما ذكره يجوز للمنكر الحلف و تجوز إقامة البيّنة، و قد مرّ فى بحث كيفيّة الحكم جواز ترك المدّعى لبيّنته الغائبة أو الحاضرة، و الاكتفاء بإحلاف الخصم، و قد عرفت نفيهم الخلاف فيه.

و إذا جاز للمدّعى ترك بيّنته و للمنكر رفع الحلف بالبيّنة، فأين الوجوب الثابت لهما من هذه الأخبار؟! هذا، مع أنّ سماع بيّنة المنكر دفعا لليمين فى غير مقام التعارض ممنوع، كيف؟! و قال بعض مشايخنا المعاصرين: إنّ وظيفة ذى اليد اليمين دون البيّنة، فوجودها فى حقّه كعدمه بلا شبهة، و لذا لو أقامها بدلا

---

(١) المتقدّمة فى ص: ٣٨۴.

(٢) غنائم الأيام: ٧٠٢.

عن يمينه لم تقبل منه إجماعا إن لم يقمها المدّعى «١». انتهى.

و ثالثا:

إنّ الإمام فى هذه الأخبار ليس فى مقام بيان التكليف حتى يفيد الوجوب أو الجواز، و إنّما هو فى مقام التوقيف و بيان الحكم الوضعى، و هو المتبادر من هذا الكلام فى ذلك المقام، فالمعنى: أنّ حكم اللّه (الموقف الذى وضعه) «٢» هو إتيان المدّعى بالبيّنة و المدّعى عليه بالحلف، و التفصيل قاطع للشركة فى التوقيف و الوضع، فلا يترتّب أثر على بيّنة المدّعى عليه إلّا بدليل آخر.

و رابعا:

إنّ ما ذكره- من قول جماعة بسماع بيّنة المدّعى عليه فى موارد- فمع كون أكثرها من الأقوال النادرة الشاذّة لو سلّم غير مفيد، إذ نحن نقول بكون ذلك من باب القاعدة و يقبل التخصيص، كما خصّ جانب المدّعى بثبوت اليمين عليه مع الردّ، و مع الشاهد الواحد، و مع كون الدعوى على الميّت، و فى الدماء، و غير ذلك، فلا يصير ذلك دليلا على صرف اللفظ عن ظاهره، و لا موجبا لإثبات أثر بيّنة المنكر، الذى هو خلاف الأصل فى غير تلك الموارد.

و خامسا:

إنّ استدلاله بسماع بيّنة المنكر بالعمومين اللذين ذكرهما باطل جدّا، إذ لا عموم فى الحديث الأوّل أصلا، فإنّ المعنى: أنّ الحكم يتحقّق بأحد هذه الأمور، أمّا أنّ مواردها أين هى فلا يعلم من الخبر، و لذا لا يحكم فى المدّعى باليمين، و ليست السنّة ماضية فى جميع الموارد.

و أمّا الثانى، فلو كان عامّا لاقتضى الجمع بين البيّنة و اليمين فى جميع الموارد، لا قبول البيّنة فقط، بل لا دلالة على قبولها فى مورد أصلا،

---

(١) الرياض ٢: ۴٢٠.

(٢) بدل ما بين القوسين فى «ح»: الموظف الذى وظفه.

فالمراد منه العمل بكلّ فى مورده الثابت شرعا.

و سادسا:

إنّ كون قول العدلين دليلا مطلقا- حتى فى موقع الترافع و عن المنكر- فأول الكلام، و الاستقراء المفيد غير ثابت.

و سابعا:

إنّ الاستدلال بصحيحة حمّاد غريب جدّا، لأنّه لم يكن فى مقام إقامة البيّنة و الترافع، و إنّما ترك الإمام البغلة توقّيا لدينه، حيث كان يجوز صدقه فيها مع جواز ردّ قوله، كما صرّح به فى رواية حفص المتقدّمة «١»، و لوجود البيّنة على أنّ السرج لمحمّد بن عليّ فكان

يعلم أنّه كاذب فيه فلم يطعه.

و ثامنا:

أنّه لا دلالة لرواية فدك على ما رآه، إذ لعلّ المخالفين يجوّزون بيّنة الداخل، فلا يصير ما ذكره حجّة عليهم، مع أنّه تكفى للحاجة حجّة واحدة.

و تاسعا:

إنّ رواية حفص ليست صريحة فى جواز الشهادة و قبولها عنه فى جميع الموارد و موضع التنازع، فلعلّ المراد نسبته إليه- كما صرّح به الإمام بعد ذلك- أو يشهد له بالملك الاستصحابى، أو ملكيّة الأمس، و نحو ذلك، مع أنّ جواز الشهادة لا يستلزم جواز القبول، ألا ترى أنّ الفاسق لو سأل الإمام: إنّى لو رأيت فى يد أحد شيئا يملكه أ يجوز لى أن أشهد له؟ بحيث يقول: نعم، و لا يقول: إنّه غير مقبول الشهادة.

و عاشرا:

أنّ الإمام عليه السّلام قال: «و لا أقبل من الذى فى يده بيّنة» فى رواية منصور، و هو صريح فى عدم قبول بيّنة المدّعى عليه، و عدم ثبوت حقّه به.

---

(١) فى ص: ٣٣٣.

ثمّ إنّه ذكر بعض أمور أخر، لا فائدة فى ذكرها سوى التطويل.

الثانى: أنّه ترجّح بيّنة الداخل مطلقا

، و هو المحكىّ عن كتاب الدعاوى من الخلاف «١».

و احتجّ له بالأصل. و الاستصحاب.

و بأنّ ذا اليد له حجّتان: اليد و البيّنة، و الآخر له حجّة واحدة، فيترجّحان عليه.

و بأنّ البيّنتين تعارضتا و تساقطتا، فبقيت العين فى يد صاحب اليد بلا بيّنة للمدّعى.

و ببعض الأخبار العاميّة و الخاصّيّة، الآتية إليها الإشارة، المخصوصة بما ذكر فيه السبب، سوى رواية إسحاق على ما فى التهذيب «٢»، و لكن الظاهر اختصاصها أيضا بذلك، لإيرادها بعينها فى الكافى مسبّبة «٣»، كما يأتى.

و لو سلّم عمومها فلا بدّ من تخصيصها، لدلالة صدرها على الرواية الأخرى، على أنّ مع مسبّبية البيّنتين يحلفان، و بضميمة الإجماع المركّب و الأولويّة يثبت الحكم فى الصورة الباقية أيضا.

مع أنّها معارضة مع رواية منصور المتقدّمة، المتضمّنة لقوله: «لا أقبل من الذى فى يده بيّنة»، و أعمّيتها من صورة التعارض غير ضائرة، إذ عدم القبول مع عدم المعارض يستلزمه معه بالطريق الأولى.

---

(١) الخلاف ٢: ۶٣۵.

(٢) التهذيب ۶: ٢٣٣- ۵٧٠، الوسائل ٢٧: ٢۵٠ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٢ ح ٢.

(٣) الكافى ٧: ۴١٩- ٢.

و لو قطع النظر عن الجميع و فرض تماميّة الدلالة، تكون خارجة عن الحجيّة، للشذوذ الشديد.

الثالث: ترجيح الخارج مطلقا، إلّا إذا انفردت بيّنة الداخل بذكر السبب، فيرجّح.

حكى عن الشيخ فى النهاية «١»، و قد ينسب إلى الصدوق أيضا «٢»، و عن القاضى و الطبرسى و الشرائع و النافع و المختلف و التحرير و الإرشاد و القواعد و نكت الإرشاد و الروضة و المهذّب- ناسبا خلافه إلى الندرة- و التنقيح «٣».

و حجّتهم على الجزء الأوّل ما مرّ دليلا للقول الأوّل.

و على الثانى- على ما قيل «۴»- يستشعر من كلام الشيخ فى الخلاف و المبسوط و من كلام ابن فهد من الإجماع على تقديم بيّنة الداخل مع ذكر السبب مطلقا، أو مع تفرّدها به، و تأييده بالسبب، و الأخبار الآتية المشار إليها، المتضمّنة لتقديم قول ذى اليد مع ذكر السبب.

الرابع: ترجيح الخارج مطلقا، إلّا إذا تضمّنت البيّنتان أو بيّنة الداخل فقط ذكر السبب، فيرجّح الداخل.

نسب إلى الشيخ فى جملة من كتبه «۵»، و قد ينسب إلى القاضى و جماعة، و من المتأخّرين من أنكر ظهور قائل بهذا القول عدا الشيخ فى

---

(١) النهاية: ٣۴۴.

(٢) الموجود فى الفقيه ٣: ٣٩ غير مطابق للنسبة، فراجع.

(٣) القاضى فى المهذّب ٢: ۵٧٨، حكاه عن الطبرسى فى الرياض ٢: ۴٢٠، الشرائع ۴: ١١١، النافع: ٢٨۶، المختلف: ۶٩٢، التحرير ٢: ١٩۵، القواعد ٢:

٢٣٢، الروضة ٣: ١٠٩، التنقيح ۴: ٢٨٠- ٢٨١ و فيه نقل للقول دون الأخذ به.

(۴) رياض المسائل ٢: ۴٢٠.

(۵) كالاستبصار ٢: ۴٢، الخلاف ٢: ۶٣۶.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج‌١٧، ص: ٣٩٢

طائفة من كتبه مع تأمّل فى بعضها أيضا «١».

و استدلّوا بالخبر العامّى الذى رواه جابر: إنّ رجلين تداعيا دابّة، فأقام كلّ منهما البيّنة أنّها دابّته أنتجها، فقضى رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله للذى فى يديه «٢».

و رواية إسحاق «إنّ رجلين اختصما إلى أمير المؤمنين عليه السّلام فى دابّة فى أيديهما، فأقام كلّ واحد منهما البيّنة أنّها أنتجت عنده، فأحلفهما علىّ عليه السّلام، فحلف أحدهما و أبى الآخر أن يحلف، فقضى بها للحالف، فقيل له: فلو لم تكن فى يد واحد منهما و أقاما البيّنة؟ قال: أحلّفهما، فأيّهما حلف و نكل الآخر جعلتها للحالف، فإن حلفا جميعا جعلتها بينهما نصفين، قيل:

فإن كانت فى يد أحدهما و أقاما جميعا البيّنة؟ قال: أقضى بها للحالف الذى فى يده» «٣».

و موثّقة غياث بن إبراهيم: «اختصم إليه رجلان فى دابّة، و كلاهما أقاما البيّنة أنّه أنتجها، فقضى بها للذى فى يده، و قال: لو لم تكن فى يده جعلتها بينهما نصفين» «۴».

الخامس: ترجيح الخارج مطلقا، إلّا مع أعدليّة بيّنة الداخل، ثمّ أكثريّتها، فيترجّح

، و هو للمفيد «۵».

---

(۱) انظر الرياض ۲: ۴۲۱.

(۲) سنن البيهقی ۱۰: ۲۵۶، بتفاوت يسير.

(۳) الكافی ۷: ۴۱۹- ۲، و فی التهذيب ۶: ۲۳۳- ۵۷۰، الاستبصار ۳: ۳۸- ۱۳۰ لا توجد: فی دابّة فی أيديهما، فأقام كلّ واحد منهما البيّنة أنّها أنتجت عنده، فأحلفهما علی عليه السّلام، الوسائل ۲۷: ۲۵۰ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوی ب ۱۲ ح ۲.

(۴) الكافی ۷: ۴۱۹- ۶، التهذيب ۶: ۲۳۴- ۵۷۳، الاستبصار ۳: ۳۹- ۱۳۳، الوسائل ۲۷: ۲۵۰ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوی ب ۱۲ ح ۳.

(۵) المقنعة: ۷۳۰.

السادس: ترجيح أكثرهما عددا، و مع التساوی فللحالف منهما، و مع حلفهما أو نكولهما فللداخل.

نقل عن الإسكافی «۱»، و اختاره من متأخّری المتأخّرين صاحب المفاتيح و شارحة «۲»، إلّا أنّهما اقتصرا علی تقديم الأكثر، و مع التساوی فی العدد يقدّمان بيّنة الخارج.

و تدلّ علی اعتبار الأكثريّة صحيحة أبی بصير: عن الرجل يأتی القوم فيدّعی دارا فی أيديهم، و يقيم الذی فی يده الدار البيّنة أنّه ورثها من أبيه و لا يدری كيف أمرها، فقال: «أكثرهم بيّنة يستحلف و تدفع إليه» و ذكر:

«أنّ عليّا أتاه قوم يختصمون فی بغلة، فقامت لهؤلاء البيّنة أنّهم أنتجوها علی مذودهم «۳» لم يبيعوا و لم يهبوا، و قامت لهؤلاء البيّنة بمثل ذلك، فقضی بها لأكثرهم بيّنة و استحلفهم» «۴».

السابع: الفرق بين السبب المتكرّر- كالبيع- و غير المتكرّر- كالنتاج و نساجة الثوب

- نسب إلی ابن حمزة «۵»، و فسّر فی شرح المفاتيح قوله بأنّه إذا شهدت لذی اليد علی سبيل التكرار- كأن يقول: كان يبيعه مرّة و يشتريه اخری- ترجّح بيّنته، و إن قالت: اشتراها مرّة، و اقتصر علی ذلك، أو قال قولا آخر، قدّمت بيّنة الخارج.

---

(۱) حكاه عنه فی المختلف: ۶۹۳.

(۲) المفاتيح ۳: ۲۷۱.

(۳) المذود: معلف الدابّة- مجمع البحرين ۳: ۴۶.

(۴) الكافی ۷: ۴۱۸- ۱، الفقيه ۳: ۳۸- ۱۲۹- ۱۳۰، التهذيب ۶: ۲۳۴- ۵۷۵، الاستبصار ۳: ۴۰- ۱۳۵، الوسائل ۲۷: ۲۴۹ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوی ب ۱۲ ح ۱، بتفاوت.

(۵) الوسيلة: ۲۱۹، و نسبه إليه فی المسالك ۲: ۳۹۱.

الثامن: تقديم بيّنة الخارج، إلّا إذا شهدت بالملك، و شهدت بيّنة الداخل بالإرث، فيقدّم أكثرهم بيّنة و يستحلف

، هو ظاهر الصدوق فی الفقيه «۱»، و حكی عن الحلبی «۲»، و تدلّ عليه صحيحة أبی بصير المتقدّمة.

التاسع: الرجوع إلى القرعة مطلقا

، حكى عن العمانى «۳»، مدّعيا تواتر الأخبار بقضاء النبى صلّى اللّه عليه و آله بذلك «۴».

و ربّما توجد فى المسألة أقوال أخر.

و قد تردّد جماعة فى المسألة أيضا، كما فى الدروس و اللمعة و المسالك و الكفاية «۵»، و قد اختلف بعضهم مع بعض فى نسبة الأقوال أيضا.

أقول:

لا ينبغى الريب فى أنّ الأصل مع القول الأوّل، لما مرّ من الأدلّة المثبتة للقاعدة، و هى كون البيّنة حجّة للخارج، و أصالة عدم حجّيتها لغيره، و مع ذلك أفتى بمقتضى ذلك الأصل جماعة من فحول العلماء، من القدماء و غيرهم «۶»، و ادّعى عليه الإجماع «۷»، فلا يجوز رفع اليد عنه إلّا بمخرج، فاللّازم النظر فى أدلّة سائر الأقوال.

---

(۱) الفقيه ۳: ۳۹.

(۲) قال فى الرياض ۲: ۴۲۰: .. و يحتمل فيه القول بمضمونه كما حكاه فى المختلف عن الحلبى. إلّا أنّ المنقول فى المختلف: ۶۹۳ هو عين ما فى الكافى:

۴۴۰، و لم نر فيه ظهورا فى ذلك.

(۳) حكاه عنه فى المختلف: ۶۹۳.

(۴) الوسائل ۲۷: ۲۵۷ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۱۳.

(۵) الدروس ۲: ۱۰۱، اللمعة (الروضة ۳): ۱۰۷، المسالك ۲: ۳۹۰، الكفاية:

۲۷۶.

(۶) راجع ص: ۳۸۳ و ۳۸۴.

(۷) كما فى الغنية (الجوامع الفقهية): ۶۲۵.

فنقول: أمّا أدلّة الثانى فغير تامّة جدّا، أمّا الأصل و الاستصحاب فلاندفاعهما ببيّنة المدّعى، التى هى حجّة شرعيّة، بل برواية منصور المتقدّمة «۱» أيضا.

و أمّا سقوط بيّنة المدّعى بالتعارض فلكونه فرع التعارض، الذى هو فرع كون بيّنة المنكر دليلا شرعيّا، و هو ممنوع غايته.

و أصالة حجّيّة قول العدلين غير ثابتة، و لو سلّمت فهى فى مقام الترافع غير مسلّمة، لقطع الإمام الشركة، و قول نادر بسماعها غير مفيد، سيّما مع معارضته بدعوى الإجماع على خلافه كما مرّ.

و بعض الأخبار المشار إليها غير ناهضة، لما مرّ من اختصاصها بالمقيّد بالسبب، و لم نعثر على خبر غير مقيّد، و لم يدّعه أحد، بل صرّح بعضهم بعدم وضوحه «۲».

فلا شكّ فى سقوط هذا القول من البين بالمرّة، سيّما مع ما له من الشذوذ و الندرة، كما صرّح به بعض الأجلّة «۳».

و أمّا أدلّة الجزء الثانى للثالث فيرد على أولها: عدم حجّية الإجماع المنقول أولا.

و منع ظهور كلمات من ذكر فى الإجماع ثانيا.

و معارضته مع صريح نقل الإجماع فى الغنية المؤيّد بموافقة أكثر القدماء ثالثا.

و على ثانيها: منع كون السبب مؤيّدا، كما صرح به بعض مشايخنا،

(١) فى ص: ٣٨۴.

(٢) كما فى الرياض ٢: ۴١٩.

(٣) انظر الرياض ٢: ۴١٩.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٣٩۶

حيث قال: مع أنّ فى حصول التأيّد بالسبب نظرا، و لو سلّم فلا نسلّم كلّيته «١».

و على ثالثها: أنّ الأخبار موردها اشتمال البيّنتين على السبب، فلا ربط لها بمحلّ البحث من كون بيّنة الداخل مقيّدة خاصّة.

و التتميم بالأولويّة- كما فى المسالك «٢»- مردود بأنّ صحّته فرع قولهم بالأصل، و هو تقديم بيّنة الداخل فى المسبّبين حتى يسرى فى الفرع بالأولويّة، و هم لا يقولون به، مع أنّ العمل بالأولويّة إنّما يتمّ مع مقطوعيّة العلّة، و هى ليست هنا بمقطوعة و لا مظنونة، لأنّ ذكر السبب إنّما وقع فى كلام السائل.

و أمّا دليل الرابع- و هو الأخبار الثلاثة المتقدّمة- فمع كون أولها عامّيا ضعيفا غير منجبر، أنّ شيئا منها لا يدلّ على المطلوب، إذ ليس فيها إلّا أنّ بعد شهادتهما بالنتاج عنده قضى لذى اليد بعد الحلف كما فى الأولين، أو مطلقا كما فى الأخير، الواجب حمله على المقيّد أيضا.

و هذا كما يمكن أن يكون لتعارض البيّنتين المسبّبتين و تقديم بيّنة ذى اليد منهما، يمكن أن يكون لطرح بيّنة الداخل، لعدم توقيفيّته، و عدم فائدة لبيّنة الخارج، لكونها شهادة على الملك القديم، و كونه مرجوحا بالنسبة إلى اليد الحاليّة كما هو المشهور.

بل الاحتمال الثانى هو الأظهر، لقضائه عليه السّلام بعد الحلف، الذى لا يقولون به القائلون بالقول الرابع، و إنّما هو على الاحتمال الثانى، فلا يكون لهذا القول و لا لسابقه دليل أصلا كالقول السابق عليهما.

(١) انظر الرياض ٢: ۴٢١.

(٢) المسالك ٢: ٣٩٠.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٣٩٧

مع أنّه على فرض الدلالة- كما زعمه المستدلّ- يحصل التعارض بينهما و بين أخبار القول الأوّل، و الترجيح مع أخبار الأوّل، لموافقتها لأصالة عدم حجّية بيّنة الداخل و عدم وجوب الحلف، و للسنّة النبويّة الثابتة- التى هى كون إقامة البيّنة وظيفة المدّعى، و هى من المرجّحات المنصوصة- و للشهرة العظيمة سيّما القديمة، و مخالفتها لأكثر العامّة، كما صرّح به التقىّ المجلسى فى حاشية الفقيه «١».

و تدلّ عليه رواية جابر، و نسبة القضاء فى الخبرين إلى أمير المؤمنين عليه السّلام «٢».

و أمّا ما فى الخلاف- من سماع أبى حنيفة بيّنة الداخل «٣»- فهو ليس صريحا فى أنّه يقدّمها فى مورد الروايات- كما ظنّ- حتى يكون مرجّحا لروايات القول الرابع.

فخلوّ هذا القول عن الدليل أيضا فى غاية الظهور كالقول الخامس أيضا، فإنّه مع ندرته جدّا- كما صرّح به بعض الأجلّة، حيث ناقش مع المهذّب و الدروس فى نسبة اعتبار الأعدليّة قبل الأكثريّة إلى قدماء الأصحاب كما فى الأوّل، أو أكثرهم كما فى الثانى، و قال: لم أقف على قائل منهم بذلك عدا من ذكرنا، أى المفيد، و إن قالوا بذلك فيما إذا كانت العين بيد ثالثة «۴». انتهى- لا شاهد له من الأخبار أصلا.

نعم، فى رواية البصرى: «كان علىّ عليه السّلام إذا أتاه خصمان يختصمان

(۱) انظر روضة المتقين ۶: ۱۷۵.

(۲) المتقدّمة جميعا فى ص: ۳۹۲.

(۳) الخلاف ۲: ۶۳۵.

(۴) انظر الرياض ۲: ۴۲۰.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۳۹۸

بشهود، عدلهم سواء، و عددهم سواء، أقرع بينهم على أيّهم يصير اليمين» الحديث «۱».

و لا دلالة له على هذا المطلب أصلا، إذ لا دلالة لها إلّا على أنّه إذا لم يكن عدلهم و عددهم سواء لم يقرع، و لا يعلم أنّه ما يصنع، مع أنّ إرادة الأعدليّة من تساوى عدلهم غير معلومة، و اعتبر معه التساوى فى العدد أيضا، و مع ذلك لا دلالة لها على كون العين فى يد واحد منهما.

و أمّا القول السادس، فمع ما ذكر من الشذوذ المخرج لدليله عن الحجّية، يرد على دليله- و هو الصحيحة- أنّ الاستدلال بها إن كان من جهة ذيلها المتضمّن لقضاء عليّ عليه السّلام فى البغلة فلا تعرّض فيها لكونها فى يد أحدهما كما هو محلّ النزاع، فيحتمل كونها فى يد ثالث، و لا بأس بالقول به حينئذ كما يأتى.

و إن كان من جهة صدرها فهو أخصّ ممّا هو بصدده، لصراحتها فى أنّ بيّنة ذى اليد إنّما هى على كون الدار بيده بالإرث، و هو القول الثامن، فلا يفيد له، مع عدم دلالتها على سائر مطالبة من الحلف مع التساوى و الحكم للداخل مع النكول.

و أمّا السابع، فلم أعثر له على دليل.

و أمّا الثامن، فدليله- كما عرفت- هو الصحيحة المذكورة، و هى و إن كانت دالّة على ذلك القول إلّا أنّ شذوذها و مخالفتها لشهرة القدماء- حتى لم يذكر عامل بها سوى من ذكر، و كلام الصدوق أيضا ليس صريحا فى

(۱) الكافى ۷: ۴۱۹- ۳، الفقيه ۳: ۵۳- ۱۸۱، التهذيب ۶: ۲۳۳- ۵۷۱، الاستبصار ۳: ۳۹- ۱۳۱، الوسائل ۲۷: ۲۵۱ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۱۲ ح ۵، بتفاوت.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۳۹۹

الفتوى بمضمونها- يمنع من العمل بها.

و أمّا التاسع، فدليله الأخبار المتكثّرة كما ذكره، و هى- كما قال- كثيرة معتبرة يأتى ذكرها، إلّا أنّها برمّتها مطلقة، و أخبار القول الأوّل- بكون العين فى يد أحدهما- مقيّدة، و الخاصّ مقدّم على العام البتّة، سيّما مع موافقة الخاصّ للشهرة، بل الإجماع، و مخالفه العامّ فى عمومه لعمل الأصحاب.

و من ذلك ظهر أنّ أقوى الأقوال و أمتنها هو القول الأوّل، فعليه الفتوى و عليه المعوّل.

المسألة الثانية: لو كانت العين فى يديهما معا، و أقام كلّ واحد منهما بيّنة على الجميع

اشاره

، قضى لهما نصفين، تساوت البيّنتان كثرة و عدالة و إطلاقا و تقييدا أم اختلفتا، بلا إشكال فى أصل الحكم كما فى المسالك «۱»، و على المعروف بينهم كما فى الكفاية «۲»، و بلا خلاف كما فى المفاتيح «۳»، و على الأشهر، بل عليه عامّة من تأخّر إلّا من ندر كما

قيل «۴».

لمرسلة ابن المغيرة الصحيحة عن ابن محبوب، و رواية السكونى، المتقدّمتين فى المسألة الثانية من بحث أحكام الدعاوى فى الأعيان «۵»، الممكن تعميمهما لمورد النزاع بترك الاستفصال عن إقامة البيّنة و عدمها.

و لقوله عليه السّلام فى موثّقة غياث المتقدّمة: و قال: «لو لم تكن فى يده

---

(۱) المسالک ۲: ۳۹۰.

(۲) الكفاية: ۲۷۶.

(۳) المفاتيح ۳: ۲۷۱.

(۴) انظر الرياض ۲: ۴۲۱.

(۵) راجع ص: ۳۴۸ و ۳۴۹.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۰۰

جعلتها بينهما نصفين» «۱» فإنّه أعمّ من أن تكون فى يديهما.

بل صرّح بعضهم بأنّ المراد: أنّه لو لم تكن فى يده فقط بل تكون فى يديهما «۲».

و رواية تميم بن طرفة: إنّ رجلين عرّفا بعيرا، فأقام كلّ واحد منهما بيّنة، فجعله أمير المؤمنين عليه السّلام بينهما «۳». و معنى قوله: عرّفا- كما فسّر-:

أنّهما أحضراه عرفة، و كان فى يديهما.

و توهّم كونها قضية فى واقعة- فيحتمل اشتمالها على ما يخرج عن مفروض المسألة- ليس فى موقعه، لأنّ غرض الإمام عليه السّلام عن حكاية قضاء الأمير عليه السّلام بيان الحكم، كما تدلّ عليه تتمّة الخبر و جرت عليه طريقة الأئمّة و أصحابهم و يتفاهم منه عرفا، فلا يكون شيء له مدخليّة فى الحكم عن الكلام خارجا، بل القرينة الحاليّة قائمة على أنّ مناط القضاء كان هو ما فى الكلام خاصّة.

و يدلّ عليه أيضا ما مرّ فى المسألة الاولى من بحث أحكام الدعاوى، من أنّ كلّا منهما مدّع و منكر، فيعمل ببيّنته و تنصّف، بالتقريب المتقدّم فى المسألة المذكورة.

إلّا أنّه يمكن أن يقال: إنّ إعمال البيّنة هو العمل بتمام مقتضاها، و لمّا لم يمكن ذلک فى المتعارضتين فتكونان عن مدلول العمومات خارجتين.

---

(۱) راجع ص: ۳۹۲.

(۲) انظر الرياض ۲: ۴۲۰.

(۳) الكافى ۷: ۴۱۹- ۵، الفقيه ۳: ۲۳- ۶۱ و فيه بدل «عرّفا»: ادّعيا، التهذيب ۶: ۲۳۴- ۵۷۴، الاستبصار ۳: ۳۹- ۱۳۴، الوسائل ۲۷: ۲۵۱ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۱۲ ح ۴.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۰۱

و هل يتعلّق الحلف بكلّ منهما أيضا، فيقتسمان بعد حلفهما أو نكولهما، و يختصّ بالحالف مع نكول أحدهما؟ كما قوّاه الفاضل فى التحرير، و جعل عدم اعتبار اليمين احتمالا «۱»، و صرّح به أيضا فى التنقيح «۲»، بل قيل: المستفاد من التنقيح عدم الخلاف فى الإحلاف «۳».

و يدلّ عليه أيضا صريحا صدر رواية إسحاق بن عمّار المتقدّمة «۴»، و هى غير منافية، للروايات المتضمّنة للنصف بالإطلاق «۵»، فيجب

العمل بهما، مع أنّ هذه الرواية مخصوصة صريحا فى المورد، و الروايات إمّا ظاهرة فيه أو عامّة له.

أو لا، كما هو المشهور؟

الظاهر: الأوّل، لما مرّ. و لا يضرّ كون ما فى الرواية قضية فى واقعة بالتقريب المتقدّم فى رواية تميم.

ثمّ الخلاف فى المسألة فى مقامات أربعة:

أحدهما: فى إطلاق الحكم المذكور بالنسبة إلى البيّنات

، و المخالف فيه- على ما قيل «۶»- جمع من القدماء و صاحب المهذّب من المتأخّرين، و بعض الفضلاء المعاصرين «۷»، فخصّوا ذلك بما إذا تساوت البيّنتان فى الأمور المرجّحة من الأعدلية و الأكثرية و ذكر السبب، و حكموا مع الاختلاف فيها لأرجحهما.

(۱) التحرير ۲: ۱۹۴.

(۲) التنقيح ۴: ۲۸۱.

(۳) انظر الرياض ۲: ۴۲۲.

(۴) فى ص: ۳۹۲.

(۵) الوسائل ۲۷: ۲۴۹ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۱۲.

(۶) انظر الرياض ۲: ۴۲۱.

(۷) المهذب البارع ۴: ۴۹۲، المحقق القمى فى رسالة القضاء (غنائم الأيام: ۷۰۴).

و اختلفوا فى المرجّح أيضا، فعن المفيد: اعتبار الأعدلية هنا خاصّة «۱»، و عن الإسكافى: اعتبار الأكثرية كذلك «۲»، و عن المهذّب: اعتبار الأعدلية فالأكثرية «۳»، و عن ابن حمزة: اعتبار الأعدلية أو الأكثرية أو التقييد بالسبب «۴»، و عن الديلمى: اعتبار المرجّح من غير بيان له «۵».

و لا دليل على شىء منها، سوى ذيل صحيحة أبى بصير المتقدّمة «۶»، المرجّحة للأكثرية فقط، و هو- لكونه قضية فى واقعة- لا يصلح دليلا لشىء من تلك الأقوال، إلّا أن يضمّ معه التقريب المتقدّم، فيصير دليلا للإسكافى خاصّة.

و ظاهر أنّ قوله شاذّ نادر، فتكون الرواية الموافقة له- لمخالفة الشهرة القديمة العظيمة- عن حيّز الحجيّة خارجة، فتكون هى مرجوحة بالنسبة إلى دليلنا بمخالفة تلك الشهرة، بل السنّة الثابتة، و إن كانت بالنسبة إلى هذا الذيل عامّة، لأنّ مخالفة عمومها أيضا داخلة فى أسباب المرجوحية المنصوصة.

و لو قطع النظر عن جميع ذلك فيعارض دليلنا بالعموم من وجه، و الأصل مع عدم قبول بيّنة الداخل و إن كان أكثر، بل مطلق البيّنة، سيّما فى صورة التعارض، فيكون كما لا بيّنة له، و الحكم التنصيف أيضا.

و عدا ما قيل من أنّ حال البيّنتين حال الخبرين المتعارضين «۷».

و هو قياس باطل، بل مع الفارق، للخلاف فى مناط العمل بالخبر هل

(۱) المقنعة: ۷۳۰.

(۲) حكاه عنه فى المختلف: ۶۹۳.

(۳) المهذّب ۲: ۵۷۸.

(۴) الوسيلة: ۲۱۸.

(۵) المراسم: ۲۳۴.

(۶) فى ص: ۳۹۳.

(۷) انظر غنائم الأيام: ۷۰۴.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۰۳

هو من حيث إنّه خبر، أو من حيث إفـادته المظنّة، و على الأـخير يمكن لزوم متابعـة أقوى الظنّين. بخلاـف البيّنـة، فإنّ مناط العمل بها خصوصيّتها- كاليـد- كما صـرّح به جماعـة من الأصـحاب، و لـذا يعمل بها و لو لم تفـد المظنّة، بل حصل من قول المـدّعى عليه أو بشهادة الفاسق ظنّ أقوى منها.

و ثانيها: فى أصل الحكم المذكور

، و المخـالف فيه- كما حكى- العمانى «۱»، فإنّ إطلاق كلامه يقتضـى لزوم القرعة هنا أيضا و تقديم من أخرجته، و دليله المستفيضة «۲» المتقدّمة إليها الإشارة.

و جوابه: إنّ دليلنا أخصّ مطلقا منها، راجح عليها بما مرّ، فيجب التخصيص.

لاـ يقـال: يلزم تخصيص الأـكثر، إذ لم تبق إلّا صورة واحـدة، هى كون العين فى يـد ثالث، أو مع كونها ممّا لا يـد عليها، و هو أيضـا تخصيص المساوى، و فيه أيضا كلام.

لأنّا نقول: إنّ روايات القرعة ليست مخصوصة بالأعيان، فتشمل غيرها أيضا، مع أنّ أكثرها قضايا فى وقائع.

و ثالثها: فى سبب الحكم المذكور

، فقيل: هو تساقط البيّنتين، فيكون كما لا بيّنة فيه «۳».

و قيل: لأنّ لكلّ واحد منها مرجّحا باليد على نصفها، فيبنى على ترجيح بيّنة الداخل «۴».

و قيل: لترجيح بيّنة الخارج فيقضى لكلّ واحد منهما بما فى يد

---

(۱) المختلف: ۶۹۳.

(۲) الوسائل ۲۷: ۲۵۷ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۱۳.

(۳) نقلهما فى المسالك ۲: ۳۹۰ من غير تعيين القائل و لم نعثر عليه.

(۴) نقلهما فى المسالك ۲: ۳۹۰ من غير تعيين القائل و لم نعثر عليه.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۰۴

صاحبه «۱».

و تظهر الثمرة فى ثبوت اليمين، فتثبت عليهما على الأوّل، و لا يمين على الأخيرين.

و الحقّ: أنّ أكثرها تخريجات و استنباطات غير ملائمة لطريقة الإماميّة، بل السبب ما ذكرنا من العمومات و الأخبار الخاصّة.

و رابعها: فى لزوم اليمين و عدمها

، فـإنّ المشـهور- كما قيل «۲»- هنـا عـدم اليمين، لإطلاق الروايات المتقدّمـة «۳»، و عـدم صـراحة رواية إسـحاق «۴» فى كـون العين

بيديهما.

و فيه: أنّ عدم صراحتها لعلّها على بعض الطرق، و أمّا على ما نقله فى الوافى عن التهذيب و الكافى فهى صريحة فى كونهما ذا اليد «۵». و اللّه هو المعتمد.

المسألة الثالثة: لو كانت فى يد ثالث، يقضى بأرجح البيّنتين عدالة،

اشاره

و مع التساوى فى العدالة يقضى بأكثرهما عددا، و مع التساوى يقرع بين المتداعيين، فمن خرج اسمه احلف و قضى له، و لو امتنع حلف الآخر و قضى له. فإن نكلا قضى بينهم بالسويّة على المشهور بين الأصحاب خصوصا المتأخّرين، بل عليه عامّتهم كما قيل «۶»، وفاقا لنهاية الشيخ و التهذيب و الاستبصار و موضع من الخلاف و الصدوقين و الحلبى و القاضى

---

(۱) الشرائع ۴: ۱۱۱.

(۲) الرياض ۲: ۴۲۲.

(۳) فى ص: ۳۹۱ و ۳۹۲.

(۴) المتقدّمة فى ص: ۳۹۲.

(۵) الوافى ۱۶: ۹۳۱.

(۶) انظر الرياض ۲: ۴۲۲.

و الحلّى و ابن حمزة و يحيى بن سعيد و ابن زهرة مدّعيا عليه الإجماع «۱».

و دليلهم: أمّا على اعتبار الرجحان بالأعدليّة فرواية البصرى: «كان علىّ عليه السّلام إذا أتاه خصمان بشهود، عدلهم سواء، و عددهم سواء، أقرع بينهم على أيّهم يصير اليمين» قال: «و كان يقول: اللّهمّ ربّ السموات السبع أيّهم كان الحقّ له فأدّه إليه، ثمَّ يجعل الحقّ للذى يصير عليه اليمين إذا حلف» «۲».

و أمّا على اعتبار الأكثرية فهى أيضا، مضافة إلى صحيحة أبى بصير المتقدّمة «۳» دليلا للقول السادس من المسألة الاولى.

و موثّقة سماعة: «إنّ رجلين اختصما إلى علىّ عليه السّلام فى دابّة، فزعم كلّ واحد منهما أنّها نتجت على مذوده، و أقام كلّ واحد منهما بيّنة سواء فى العدد، فأقرع بينهما سهمين، فعلّم السهمين كلّ واحد منهما بعلامة، ثمَّ قال: اللّهمّ ربّ السموات السبع و و ربّ الأرضين السبع و ربّ العرش العظيم عالم الغيب و الشهادة الرحمن الرحيم أيّهما كان صاحب الدابّة و هو أولى بها فأسألك أن تخرج سهمه، فخرج سهم أحدهما فقضى له بها» «۴».

---

(۱) النهاية: ۳۴۴، التهذيب ۶: ۲۳۷، الاستبصار ۳: ۴۲، الخلاف ۲: ۶۳۸، الصدوقين فى الفقيه ۳: ۳۹، و المقنع: ۱۳۳، الحلبى فى الكافى فى الفقه: ۴۴۹، المهذب ۲: ۵۷۸، الحلّى فى السرائر ۲: ۱۶۷، ابن حمزة فى الوسيلة: ۲۲۰، ابن سعيد فى الجامع: ۵۳۲، ابن زهرة فى الغنية (الجوامع الفقهية): ۶۲۵.

(۲) الكافى ۷: ۴۱۹- ۳، الفقيه ۳: ۵۳- ۱۸۱، التهذيب ۶: ۲۳۳- ۵۷۱، الاستبصار ۳: ۳۹- ۱۳۱، الوسائل ۲۷: ۲۵۱ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۱۲ ح ۵، بتفاوت.

(٣) فى ص: ٣٩٣.

(۴) الفقيه ٣: ۵٢- ١٧٧، التهذيب ۶: ٢٣۴- ۵٧۶، الاستبصار ٣: ۴٠- ١٣۶، الوسائل ٢٧: ٢۵۴ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٢ ح ١٢، بتفاوت.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ۴٠۶

و أمّا على الرجوع إلى القرعة فبالروايات المتقدّمة «١»، مضافة إلى صحيحة الحلبى «٢»، و رواية داود بن سرحان: فى شاهدين شهدا على أمر واحد، و جاء آخران فشهدا على غير الذى شهدا و اختلفوا، قال: «يقرع بينهم، فأيّهما قرع فعليه اليمين، و هو أولى بالقضاء» «٣».

و أمّا على تأخّر القرعة عن الأكثريّة فباختصاص جميع روايات القرعة بصورة التساوى فى العدد، كما هو ظاهر.

و أمّا على تأخّرها عن الأعدليّة فللرواية الأولى أيضا «۴».

و أمّا على تأخّر الأكثريّة عن الأعدليّة فلم أعثر على دليل لهم.

نعم، استدلّ له بعض مشايخنا بالإجماع المنقول عن الغنية «۵».

و لا يخفى ضعفه، بل ضعف بعض أدلّتهم الأخر المذكورة أيضا، فإنّ دلالة رواية البصرى و موثّقة سماعة على اعتبار الأعدليّة و الأكثريّة ليست إلّا بمفهوم الوصف، الذى هو عند المحقّقين غير حجّة.

و الأولى الاستدلال بالرضوىّ المنجبر ضعفه بما مرّ، قال: «فإن لم يكن الملك فى يد أحد، و ادّعى الخصمان فيه جميعا، فكلّ من أقام عليه شاهدين فهو أحقّ به، فإن أقام كلّ واحد منهما شاهدين فإنّ أحقّ المدّعيين

---

(١) انظر الوسائل ٢٧: ٢۵٧ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٣.

(٢) التهذيب ۶: ٢٣۵- ۵٧٧، الاستبصار ٣: ۴٠- ١٣٧، الوسائل ٢٧: ٢۵۴ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٢ ح ١١.

(٣) الكافى ٧: ۴١٩- ۴، الفقيه ٣: ۵٢- ١٧٨، التهذيب ۶: ٢٣٣- ۵٧٢، الاستبصار ٣: ٣٩- ١٣٢، الوسائل ٢٧: ٢۵١ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٢ ح ۶.

(۴) أى رواية البصرى المتقدّمة فى ص: ۴٠۵.

(۵) انظر الرياض ٢: ۴٢١.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ۴٠٧

من عدل شاهداه، فإن استوى الشهود فى العدالة فأكثرهم شهودا يحلف باللّه و يدفع إليه الشىء، و كلّ مالا يتهيّأ فيه الإشهاد عليه فإنّ الحقّ فيه أن تستعمل فيه القرعة» «١».

لا يقال: إنّ قوله: «فإن لم يكن الملك فى يد أحد»- الظاهر فى أنّه لا يد عليه أصلا- يخرج الكلام عن مفروض المسألة، لأنّ المتبادر من اليد: اليد المقتضية «٢» للملكيّة، و اليد المنضمّة مع اعتراف المتصرّف بعدم استحقاقه له- كما هو المفروض- ليست يدا كذلك، كما مرّ مفصّلا، فالمفروض أيضا ممّا لا يد عليه، مع أنّ الظاهر فى قوله: «يد أحد»- بعد بيان حكم ما فى يد أحدهما- إرادة عدم كونه فى يد أحد من المتداعيين.

بل يمكن أن يقال: إنّ الظاهر من قوله: «و يدفع إليه الشىء» أيضا ذلك، فإنّ الظاهر من دفع الشىء أنّه فى يد أحد.

نعم، بقى أنّ الظاهر من قوله: «من عدل شاهداه» أنّ الترجيح بأصل العدالة دون الأعدليّة.

و قوله: «فإن استوى الشهود فى العدالة» و إن احتمل الثانى إلّا أنّه ليس نصّا فيه، بل يحتمل الأوّل أيضا.

إلّا أنّه يمكن أن يقال: إنّ الظاهر من التساوى فى العدالة بالإطلاق من غير تقييد بأصلها يفيد التساوى فى القدر أيضا، و لذا يصحّ

سلب التساوى عرفا عن المختلفين فى القدر، و يؤكّده قوله فى الرواية الأولى:

«عدلهم سواء» فإنّه ظاهر فى حدّ العدالة.

---

(١) فقه الرضا عليه السّلام: ٢٦٢، مستدرك الوسائل ١٧: ٣٧٢ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٠ ح ٣.

(٢) فى «ق»: المتضمّنة ..

و أمّا على حلف من خرجت القرعة باسمه و القضاء له بعدها فبرواية البصرى و صحيحة الحلبى، و بهما يقيّد إطلاق الموثّقة و الرضوى.

و أمّا على التنصيف بعد نكولهما، فقيل: للإجماع المنقول المتقدّم «١»، و وهنه ظاهر.

و قيل: لتعارض البيّنتين و تساقطهما، مع عدم إمكان ترجيح إحداهما على الأخرى بالقرعة، فلم يبق إلّا النصف «٢».

أقول:

و يمكن الاستدلال له بعمومات التنصيف المتقدّمة هنا و فى بحث الدعوى فى الأعيان، كموثّقة غياث «٣»، و رواية تميم «۴»، و مرسلة ابن مغيرة «۵» و غيرها «۶»، خرجت صورة اختلاف البيّنتين عدالة أو عددا، و قيل:

القرعة و الحلف بما مرّ «٧»، فيبقى الباقى.

و ظهر بما ذكر أنّ سند المسألة واضح، و الحكم بها- كما قالوا- متعيّن.

و أمّا المخالف فيها من الفتاوى، فبين من اقتصر على اعتبار الأعدليّة خاصّة، كالمفيد «٨».

و من اقتصر على اعتبار الأكثريّة خاصّة، كالإسكافى و محتمل

---

(١) انظر الرياض ٢: ۴٢٣.

(٢) كما فى الإيضاح ۴: ۴٠٧.

(٣) المتقدّمة فى ص: ٣٩٢.

(۴) المتقدّمة فى ص: ۴٠٠.

(۵) المتقدّمة فى ص: ٣۴٨.

(۶) كرواية السكونى المتقدّمة فى ص: ٣۵۴.

(٧) كما فى المبسوط ٨: ٢۶۴.

(٨) المقنعة: ٧٣٠.

الصدوقين «١»، و هو ظاهر المحقّق الأردبيلى، حيث قال: إنّ العدالة تكفى للشهادة، و أمّا أنّ زيادتها تفيد الترجيح فلا.

و من اقتصر على اعتبارهما خاصّة، من غير ذكر الترتيب بينهما و لا القرعة بعدهما، كموضع من الخلاف، قائلا: إنّه الظاهر من مذهب أصحابنا «٢».

و من اقتصر على ذكر المرجّح مطلقا، من دون بيان له و لا ذكر قرعة، كالديلمى «٣».

أو مع ذكر القرعة بعد العجز عن الترجيح، مدّعيا عليه إجماع الإماميّة، كموضع آخر من الخلاف «۴».

و بين من قدّم الأكثريّة على الأعدليّة، كالحلّى «۵»، معزيا له إلى ظاهر الأصحاب.

و بين من اقتصر على القرعة خاصّة، كالعمانى «۶».

و بين قائل بالقرعة مع الشهادة بالملك المطلق من الجانبين، و بالقسمة نصفين إن كانت الشهادتان مقيّدتين، و القضاء للمقيّد إن كانتا مختلفتين، كالشيخ فى المبسوط «۷».

---

(۱) حكاه عن الإسكافى فى المختلف: ۶۹۳، حكاه عن والد الصدوق فى المقنع:

۱۳۴، الصدوق فى المقنع: ۱۳۴.

(۲) الخلاف ۲: ۶۳۶.

(۳) المراسم: ۲۳۴.

(۴) الخلاف ۲: ۶۳۸.

(۵) السرائر ۲: ۱۶۹.

(۶) المختلف: ۶۹۳.

(۷) المبسوط ۸: ۲۵۸.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۱۰

و الكلّ أقوال نادرة عن الدليل التامّ خالية كما لا يخفى على المتتبع، سيّما بعد ما ذكرنا فى هذه المسألة و المسألتين السابقتين.

و أمّا المخالف لها من الأخبار فبعض العمومات اللّازم تخصيصها بما مرّ، و رواية إسحاق المتقدّمة «۱» المتضمّنة لقوله: «فلو لم تكن فى يد واحد منهما و أقاما البيّنة؟ قال: «أحلّفهما، فأيّهما حلف و نكل الآخر جعلتها للحالف، فإن حلفا جميعا جعلتها بينهما نصفين».

و لكن عدم قائل به يوجب رفع اليد عنه بالمرّة.

ثمّ إنّه قد عرفت اعتبار اليمين مع القرعة، و ظاهر الصدوقين و الشيخ فى النهاية و الخلاف و التهذيب و الاستبصار و القاضى و ابن زهرة اعتبارها مع الأكثريّة أيضا «۲»، و ادّعى فى الخلاف و الغنية إجماع الإماميّة عليه.

و تدلّ عليه صحيحة أبى بصير و الرضوىّ المتقدّمان «۳»، فالقول به متعيّن.

و أمّا مع الأعدليّة فلا دليل على اعتبارها، و لذا يظهر من جماعة- منهم: الشرائع و النافع و الإرشاد و التحرير و القواعد و اللّمعة- عدمه «۴»، و عن الروضة اعتبارها معها «۵»، و الأصل ينفيه. و اللّه العالم.

---

(۱) فى ص: ۳۹۲.

(۲) حكاه عن والد الصدوق فى المقنع: ۱۳۴، الصدوق فى المقنع: ۱۳۴، النهاية:

۳۴۳، الخلاف ۲: ۶۳۶، التهذيب ۶: ۲۳۷، الاستبصار ۳: ۴۲، القاضى فى المهذّب ۲: ۵۷۸، ابن زهرة فى الغنية (الجوامع الفقهية): ۶۲۵.

(۳) فى ص: ۳۹۳ و ۴۰۶.

(۴) الشرائع ۴: ۱۱۱، النافع: ۲۸۶، التحرير ۲: ۱۹۵، القواعد ۲: ۲۳۲، اللمعة (الروضة البهية ۳): ۱۰۷.

(۵) الروضة ۳: ۱۰۷.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۱۱

فرع:

لم يتعرّض الأكثر لتصديق الثالث لأحد المتداعيين هنا، كما تعرّضوا له فى صورة عدم البيّنة.

قيل: لعلّ إطلاقهم هنا مبنيّ على الإغماض عن حكم اليد و خلافها، و نظرهم إلى بيان سائر المرجّحات «۱». انتهى.

و هو محتمل، و يحتمل أيضا أن يكون بناؤهم على عدم اعتبار تصديقه، نظرا إلى إطلاق الأدلّة، كما فهمه المحقّق الأردبيلى فى شرح الإرشاد، حيث حكم بتفرقة المطلوب بين صورة عدم البيّنة و صورة وجودها فى سماع تصديق الثالث، و قال بأنّ الحكم بالتصديق و الحلف هنا أيضا ممكن.

و وجه عدم الاعتبار حينئذ- كما يظهر من الفاضل فى التحرير «۲»-: أنّ البيّنتين متطابقتان على عدم ملكيّة الثالث، فلا يكون إقرارا، لأنّه إنّما يكون فى ملك الشخص واقعا أو ظاهرا، و مع البيّنتين لا يكون كذلك، و للتأمّل فيه مجال.

المسألة الرابعة: لو لم تكن العين فى يد أحد

، فإن كانت لواحد منهما بيّنة يقضى له، و إن كانت البيّنة لهما فظاهر عبارة الصدوقين أنّ حكمه حكم يد الثالث «۳»، و قال بعض فضلائنا المعاصرين: إنّه الأولى «۴».

و هو كذلك، لإطلاق أكثر الأخبار المتقدّمة- إن لم نقل جميعا- بالنسبة إلى هذه الصورة أيضا.

---

(۱) غنائم الأيام: ۷۰۸.

(۲) التحرير ۲: ۱۹۵.

(۳) الصدوق فى المقنع: ۱۳۳- ۱۳۴، و حكاه عن والده.

(۴) المحقق القمّى فى رسالة القضاء (غنائم الأيام: ۷۰۸).

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۱۲

المسألة الخامسة: كلّ ما ذكر إنّما كان فى تعارض البيّنات فى الأعيان من الأموال، و قد يتحقّق فى الديون

، كما إذا كانت دعوى الدين مقرونة بسبب خاصّ يقيم المنكر البيّنة على انتفاء السبب.

و كما إذا ادّعى أحد على آخر جناية فيها الدية خاصّة فى وقت خاصّ، و أقام بيّنته، و أقامها الآخر على أنّه لم يكن حاضرا فى هذا الوقت.

أو ادّعى أحد بالشهود وصيّة زيد له بثلث ماله، و ادّعاها آخر أيضا كذلك.

و قد يتحقّق فى غير الأموال من الحقوق أيضا، كما إذا أقام أحد شهودا على زوجيّة زينب له، و أقامها الآخر كذلك.

أو أقام أحدهما على وصيّة زيد له بالولاية على الصغير، و أقام آخر أيضا كذلك. إلى غير ذلك.

و التحقيق فى الجميع: أن يبنى على أصالة عدم قبول بيّنة المنكر، و على تعيين القرعة لكلّ أمر مشكل.

و على هذا، فنقول: إنّ جميع الأخبار المتضمّنة لسماع بيّنة المنكر أيضا و مزاحمتها لبيّنة المدّعى كانت مخصوصة بالأعيان من الأموال، فلا أثر لها فى غيرها أصلا، و كلّ ما دلّ على سماع بيّنة المدّعى و قبولها فمخصوص بحكم العقل بما لا يعارضه مثلها.

فمورد التعارض الواقع فى غير الأعيان إن كان ممّا يكون أحدهما مدّعيا و الآخر منكرا تطرح بيّنة المنكر و يعمل بمقتضى بيّنة المدّعى.

و إن كان ممّا يكون كلاهما مدّعيين و لا دليل للحكم فى خصوص المسألة، يقرع و يحكم بمقتضى القرعة، لعموم: «القرعة لكلّ أمر

مجهول»

أو: «مشکل» «۱» المستفیضة دعوی الإجماع علی روایته و العمل به «۲»، و لصحیحة الحلبی و روایة داود بن سرحان و روایة البصری و الرضوی، المتقدّمة جمیعا «۳».

و تدلّ علیه أیضا مرسلة داود بن أبی یزید العطّار الآتیة «۴».

و روایة زرارة: رجل شهد له رجلان بأنّ له عند رجل خمسین درهما، و جاء آخران فشهدا بأنّ له عنده مائة درهم، کلّهم شهدوا فی موقف، قال: «أقرع بینهم، ثمّ استحلف الذین أصابهم القرع باللّه أنّهم یشهدون بالحقّ» «۵».

و مقتضی هذه الروایة و روایتی البصری و داود بن سرحان و صحیحة الحلبی الإحلاف بعد القرعة أیضا، و علیه العمل.

و بهذه الأخبار تقیّد المطلقات فی مقام تعارض البیّنات. و اللّه العالم.

المسألة السادسة: لو تعارضت الید الحالیّة مع الملکیّة السابقة أو الید السابقة

اشاره

، ففی تقدیم الحالیّة أو السابقة قولان، کلّ منهما عن الشیخ فی کلّ من المبسوط و الخلاف «۶».

و تبعه علی الأوّل جماعة «۷»، و لعلّهم الأکثرون، و منهم من

---

(۱) الوسائل ۱۷: ۱۸۹ أبواب کیفیة الحکم و أحکام الدعوی ب ۱۳ ح ۱۱.

(۲) انظر عوائد الأیام: ۲۲۶.

(۳) فی ص: ۴۰۵ و ۴۰۶.

(۴) فی ص: ۴۲۳.

(۵) التهذیب ۶: ۲۳۵- ۵۷۸، و فی الکافی ۷: ۴۲۰- ۱، الاستبصار ۳: ۴۱- ۱۳۸، الوسائل ۲۷: ۲۵۲ أبواب کیفیة الحکم و أحکام الدعوی ب ۱۲ ح ۷: یحلفون بالحقّ، بدل: یشهدون بالحقّ.

(۶) المبسوط ۸: ۲۶۹ و ۲۸۰، الخلاف ۲: ۶۴۱.

(۷) کالعلّامة فی القواعد ۲: ۲۳۲ و ۲۳۴، یحیی بن سعید فی الجامع للشرائع: ۵۳۲، الشهید الثانی فی الروضة ۳: ۱۰۹.

المتأخّرین: الکفایة و المفاتیح و شرحه «۱»، و بعض فضلائنا المعاصرین «۲».

و علی الثانی: الشرائع «۳»، و یظهر من الإرشاد المیل إلیه.

و یظهر من التحریر وجه ثالث هو التساوی، حیث قال: و لو کان السبق فی جانب و الید فی جانب، ففی تقدیم السبق أو الید أو التساوی نظر «۴». انتهی.

و احتجّ للأوّل بأنّ الید ظاهرة فی الملک الحالی، و لا تدفعها الید السابقة، لاحتمال کونها بعاریة و نحوها، و لا الملک السابق، لاحتمال انتقالها منه إلی الغیر، و لعدم مطابقة الدعوی و الشهادة، إذ الدعوی بالملک الحالی، و الشهادة متعلّقة بالسابق.

و فیه- مضافا إلی أنّ احتمال العاریة و نحوها متحقّق فی الید الحالیّة أیضا-: أنّ الید و الملک السابقین و إن لم یصلحا لدفع الحالی و

لم يطابقا الدعوى إلّا أنّ استصحاب مقتضى اليد السابقة و أصل الملك السابق صالح لدفعه، مطابق للدعوى.

و القول بأنّ الاستصحاب إنّما يعمل به لو لا المعارض له، و اليد الحاليّة هنا له معارض، خصوصا فى اليد السابقة، لانقطاعها رأسا، كما ذكره بعضهم «۵».

أو أنّ الاستصحاب و إن عارض اليد و لكنّ اليد أقوى، لأنّ اقتضاءها الملكيّة و إن كان ظنّيا لكن نفسها قطعى، بخلاف استصحاب مدلول الشهادة، فإنّ مقتضى الشهادة ظنّىّ و كذا استصحابه، فالأوّل ظنّ حاصل من

---

(۱) الكفاية: ۲۷۷، المفاتيح ۳: ۲۷۳.

(۲) المحقق القمى فى رسالة القضاء (غنائم الأيّام: ۷۱۰).

(۳) الشرائع ۴: ۱۱۲.

(۴) التحرير ۲: ۱۹۵.

(۵) انظر المسالك ۲: ۳۹۳.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۱۵

القطع، و الثانى ظنّ حاصل من الظنّ، فيقدّم، كما قاله آخر.

أو أنّ الثابت حجّيته هو ما شهد به الشاهد بعلمه أو ظنّه الاستصحابى، و أمّا ظنّ الحاكم لاستصحاب المخبر به فلا دليل على حجّيته، و لا يستلزم فعلية الظنّ للشاهد، و إنّما الثابت حجّية علمه القطعى فى القضاء، لا مطلق الظنّ، كما ذكره ثالث.

فاسد، سيّما الأخير.

أمّا الأوّل: فلأنّ مقتضى التعارض رفع اليد عن المتعارضين عند عدم المرجّح، لا تقديم أحدهما.

نعم، لو كانت اليد دليلا على الملك يدفع بها الاستصحاب عند التعارض، و لكن قد عرفت أنّه أيضا كالاستصحاب من باب الأصل.

و أمّا الثانى: فلمنع كون اليد أقوى بعد ثبوت حجّيّة الكلّ من الشارع، و ما ذكر فى تقويتها من تخريجات العامّة العمياء، ثمَّ منع إيجاب مثل تلك القوّة- لو كانت- للتقديم.

و أمّا الثالث: فلأنّ أخبار عدم نقض اليقين بالشكّ أدلّة واضحة على حجّية ذلك الاستصحاب، و لو اختصّ جواز قضاء الحاكم بعمله لما جاز الحكم بالبيّنة أيضا، إذ لا تفيد العلم.

فإن قيل: هى أمارة ثبتت حجّيتها شرعا.

قلنا: و كذلك الاستصحاب، و لو سلّمنا أنّ حجّية الاستصحاب لأجل الظنّ فإنّما هو ظنّ ثابت الحجّية.

و استدلّ للثانى: بأنّ اليد الحاضرة إن كانت دليل الملك فالسابقة المستصحبة أو الملك السابق المستصحب أولى، لمشاركتهما فى الدلالة

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۱۶

على الملك الحالى، و انفرادهما بالزمن السابق «۱».

و فيه: أنّ انفرادهما بالسابق لا يوجب ترجيحا إلّا من جهة الاستصحاب أيضا، و إذا سقط بالمعارضة لا يبقى وجه ترجيح.

و ذكر الحلّى فى السرائر «۲»- فى مسألة تعارض بيّنتى ملك القديم و الأقدم- ما يمكن أن يستدلّ به للثانى هنا أيضا، بأن يقال بعد ثبوت الملكيّة السابقة: لا يمكن الملكيّة الحادثة إلّا بانتقال عن الأوّل إلى الثانى، و هو خلاف الأصل، و موجب بوجوب الدرك على الأوّل، و هو أيضا خلاف الأصل.

و فيه: أنّ هذا الأصل معارض بأصالة اقتضاء اليد الملكيّة، الموجبة للانتقال و الدرك، فلا تأثير له، و لا يفيد تعدّد خلاف الأصل فى

جانب، كما بيّناه فى محلّه. مع أنّ توقّف ملكيّة الثانى على الانتقال عن الأوّل ممنوع، لجواز بناء الشاهد على الملكيّة الظاهرة المستفادة من اليد أو نحوها، و كان واقعا ملكا للثاني، و كان بيده وكالة أو نحوها، فأخذ المال من غير انتقال.

ثمّ بما ذكر يظهر دليل الوجه الثالث المذكور فى التحرير أيضا «۳».

و التحقيق: أنّ اقتضاء اليد للملكيّة يعارض استصحاب الملكيّة، فلا يبقى لشيء منهما حكم، و لكنّ أصل اليد لا يعارضه شيء، و هو باق بالمشاهدة و العيان، و الأصل عدم التسلّط على انتزاع العين من يده، و لا على منعه من التصرّفات التى كان له فيها، حتى بيعها و إجارتها، إذ غاية الأمر عدم دليل لنا على ملكيّته، و لكن لا دليل على عدم ملكيّته أيضا،

---

(۱) انظر المسالک ۲: ۳۹۳.

(۲) السرائر ۲: ۱۶۹.

(۳) التحرير ۲: ۱۹۵.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۱۷

و أصالة عدم الملكيّة بالنسبة إليه و إلى غيره سواء، مع ثبوت أصل الملكيّة، فلا يجرى فيه ذلك الأصل أيضا.

مضافا إلى إمكان حصول جواز هذه التصرّفات كلّا أو بعضا بالتوكيل و الإجارة و الولاية و الإذن و غيرها، فتبقى أصالة عدم التسلّط و أصالة جواز تصرّفاته خالية عن المعارض.

و إلى هذا يشير كلام من قال: إنّ احتمال كون اليد الثانية بالعارية أو غيرها لا يلتفت إليه مع بقاء اليد على حالها، فإنّ المقصود الأصلى من إعمال اليد هو إبقاء تسلّطها على ما فيها و عدم جواز منعها من التصرّفات كيف شاء بسبب احتمال الغصب أو العارية أو غيرهما، فيحكم عليها بما يحكم على ملك الملّاك، و ليس هذا معنى الحكم بأنّه ملك «۱». انتهى كلامه رفع مقامه.

فإن قيل:

كما أنّ الملكيّة أو اليد السابقة تقتضى استصحاب الملكيّة، كذلك تقتضى استصحاب تسلّط المالك الأوّل و الحاكم على منع ذى اليد عن التصرّفات أيضا، و به تندفع أصالة عدم التسلّط.

قلنا:

ليس تسلّط الأوّل كالملكيّة التى إذا حدثت يحكم لها بالاستمرار حتى يثبت المزيل، بل هو ممّا يمكن تقييده بقيد، و المعلوم من التسلّط الأولى هو تسلّطه ما دام يحكم له بالملكيّة و تعلم له الملكيّة، فالمعلوم ثبوته أولا ليس إلّا ذلك المقيّد، فبعد انتفاء الحكم بالملكيّة و العلم بها ينتفى القيد، و يتغيّر الموضوع.

ثمّ إنّه كما أنّ نفس اليد المشاهدة الحاليّة و مقتضياتها- سوى الملكيّة-

---

(۱) غنائم الأيّام: ۷۱۰.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۱۸

لا معارض لها، فكذلك أيضا كون البيّنة على غير ذى اليد، و كون من يدّعيه مطالبا بالبيّنة، و ذى اليد باليمين، إذا لم يخرج خارج اليد عن صدق المدّعى عرفا، و لا صاحبها عن المنكر كذلك.

فيدلّ على كون وظيفة الأوّل البيّنة و الثانى اليمين قولهم: «البيّنة على المدّعى، و اليمين على من أنكر» و رواية فدك المتقدّمة «۱»، فتكون البيّنة على المالك السابق و اليمين على ذى اليد، و لا يمنع ذو اليد من شيء من التصرّفات، و ليس المطلوب من ترجيح اليد الحالية غير ذلك أيضا، مع أنّه يمكن جعل هذين الأمرين دليلا برأسه على الملكيّة أيضا بالإجماع المركّب يسقط به الاستصحاب

بالمرّة لعدم صلاحيّته لمعارضة الدليل مطلقا.

فرعان:

أ: صرّح جماعة من الأصحاب

- منهم: المحقّق فى الشرائع و الفاضل فى جملة من كتبه و المحقّق الأردبيلى و فى المسالك و الكفاية و المفاتيح «٢» و غيرها «٣»- بأنّه لو شهدت بيّنة المدّعى: أنّ صاحب اليد غصبها، أو استأجرها، أو استعارها، أو نحو ذلك، سقط اعتبار اليد، و حكم بها للمدّعى. و نفى عنه الإشكال فى المسالك، بل ظاهره بل صريحه نفى الخلاف عنه، و فى الإيضاح: أنّه تقبل الشهادة حينئذ قولا واحدا «۴»، و هو مؤذن بدعوى الإجماع عليه، و نفى عنه الريب فى شرح

---

(١) فى ص: ٣٣٣.

(٢) الشرائع ۴: ١١٣، الفاضل فى القواعد ٢: ٢٣۴، التحرير ٢: ١٩۶، المسالك ٢: ٣٩٣، الكفاية: ٢٧٧، المفاتيح ٣: ٢٧٣.

(٣) كما فى كشف اللثام ٢: ٣۶٧.

(۴) إيضاح الفوائد ۴: ۴١۴.

المفاتيح.

و كيف كان، فلا ريب فى الحكم، لأنّ استصحاب اليد السابقة الغصبيّة أو الاستيجاريّة مثلا و أصالة عدم حدوث يد اخرى يجعل اليد الحاليّة يد مباشرة لا المقتضية للملكيّة، فلا يبقى معارض للاستصحاب، بل ليس مقتض لملكيّة ذى اليد، إذ ليس إلّا اليد، و اقتضاؤها مخصوص بما إذا لم يدلّ على عدمه دليل، و ما ذكرنا دليل على عدم الاقتضاء.

ب: قال فى الكفاية: و فى كلامهم القطع بأنّ صاحب اليد لو أقرّ أمس بأنّ الملك له

- أى للمدّعى- أو شهدت البيّنة بإقراره أمس له، أو أقرّ بأنّ هذا له أمس، قضى به له، و فى إطلاق الحكم بذلك إشكال «١». انتهى.

و كذا حكم فى القواعد بثبوت الإقرار، و استصحاب موجبه لو شهدت البيّنة بإقراره له بالأمس، أو أقرّ المدّعى عليه بالأمس أنّه له، و بالانتزاع عن يده لو أقرّ بأنّه كان ملك المدّعى بالأمس «٢».

و كذا فى التحرير «٣» و شرح الإرشاد للأردبيلى فى صورة الشهادة بإقرار الأمس، و صورة إقرار المدّعى بأنّه كان له بالأمس، إلّا أنّه جعل الأقرب فى الصورة الأخيرة الانتزاع من يده، مؤذنا بوقوع الخلاف فيه، إلّا أنّه قال فى شرح الإرشاد: إنّه غير واضح الدليل إلّا أن يكون إجماعا.

و قال فى تمهيد القواعد: لو قال المدّعى عليه: كان ملكك بالأمس، أو قال المقرّ بذلك ابتداء، قيل: لا يؤخذ به، كما لو قامت بيّنة بأنّه كان ملكه بالأمس، و الأقوى أنّه يؤاخذ، كما لو شهدت البيّنة بأنّه أقرّ أمس.

---

(١) الكفاية: ٢٧٧.

(٢) القواعد ٢: ٢٣۴.

(٣) التحرير ٢: ١٩۵.

انتهى.

و قد يستدلّ على بعض هذه الصور- و يفرّق بينه و بين ما تقدّم- بأنّ الإقرار ينبئ عن التحقيق، و الشاهد قد يخمّن، و يقال فيما تقدّم: بأنّ اليد محسوسة، و الشهادة مظنونة، و بأنّ استصحاب المقرّ به ظنّ ناشئ من القطع، و استصحاب المشهود به ظنّ حاصل من الظنّ.

و لعمرى أنّه لا يليق للفرقة الإماميّة أن تتشبّث بأمثال هذه التخريجات.

و التحقيق: أنّه إن أقرّ المدّعى عليه فى الحال- أى بعد الادّعاء عليه- بأنّه كان له فى السابق، أو ثبت هذا الإقرار بالبيّنة، يقدّم المدّعى، لأنّ ذلك الإقرار المسموع منه أو الثابت بالبيّنة يتضمّن أمرين، أحدهما: ملكيّة المدّعى فى السابق، و ثانيهما: الانتقال منه إلى المدّعى عليه، و هو فى الثانى مدّع و لا تفيده اليد لمعارضة الاستصحاب، فتكون عليه البيّنة و الإثبات، نظير الدعوى بالدين، فإنّه لو ادّعى عليه عن مبيع اشتراه بالذمّة فأقرّ بذلك البيع يصير مدّعيا، و ترفع اليد عن أصالة براءة الذمّة و نحوه و لو لم يصرّح بأنّى أدّيته.

و على هذا، فتشمله عمومات البيّنة على المدّعى و اليمين على المدّعى عليه.

و هذا مراد من قال بأنّ ذلك اعتراف من ذى اليد بكونه مدّعيا وظيفته الإثبات.

و أمّا لو كان المدّعى عليه أقرّ فى السابق بملكيّته، أو ثبت إقراره السابق، فلا يوجب تقديم المدّعى، لأنّ ذلك لا يجعله مدّعيا عرفا، سواء كان ذلك الإقرار سابقا على يده أو على الادّعاء عليه.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۲۱

و فى حكم الإقرار بالملكيّة السابقة للمدّعى الإقرار بالاشتراء و نحوه من وجوه الانتقالات، بل ذلك أولى بالقبول، لأظهريّته فى جعله مدّعيا.

المسألة السابعة: كما يتحقّق التعارض بين الشاهدين و مثلهما، يتحقّق بينهما و بين شاهد و امرأتين

، و كذلك بينهم و بين مثلهم، و المعروف من مذهبهم عدم تحقّقه بين الشاهدين، أو شاهد و امرأتين، و بين شاهد و يمين.

قيل: لضعف الشاهد و اليمين، من جهة وقوع الخلاف فى كونه مثبتا، و من جهة أنّ الحالف يصدّق نفسه، بخلاف الشاهدين، فإنّهما يصدّقان غيرهما «۱».

و لا يخفى ضعف الوجهين، و أنّهما من الوجوه المستنبطة الموافقة لطريق العامّة، التى فتح بابها شيخ الطائفة فى خلافه و مبسوطه «۲»، حيث جرى فيهما على طريقة المخالفين و الترجيح بين أقوالهم بمذاقهم، لكونه مختلطا معهم كما ذكره الحلّى فى السرائر «۳» و غيره، فظنّ الداخل فى فقه الإماميّة الغير السائر على بصيرة فى دينه أنّ أمثال هذه الوجوه ممّا تعتبره الإماميّة أيضا، لحسن الظنّ بالشيخ و الغفلة عن مرامه.

و قد علّل المحقّق الأردبيلى عدم تعارضهما بأنّ الشاهد و اليمين ليسا بحجّة شرعيّة مستقلّة فى جميع الأحكام، بل الشاهد حجّة مع انضمام يمين المدّعى فى بعض الأحكام مع تعذّر الشاهدين.

و هو حسن، إلّا أنّ لقائل أن يقول: إنّ الكلام فى الأحكام التى يكون مستند الشيعة فى أحكام الشريعة ج۱۷ ۴۲۱ المسألة السابعة: كما يتحقق التعارض بين الشاهدين و مثلهما، يتحقق بينهما و بين شاهد و امرأتين ..... ص : ۴۲۱

---

(۱) انظر المسالك ۲: ۳۹۱.

(۲) الخلاف ۲: ۶۳۷، المبسوط ۸: ۲۱۰.

(۳) السرائر ۲: ۱۷۱.

مستند الشیعة فی أحكام الشریعة، ج١٧، ص: ۴٢٢

الشاهد و الیمین حجّة فیها، كما إذا كانا مدّعیین فیما كان بیدیهما معا، أو بید ثالث، أو لا ید علیه، و منه الوصیّة بالثلث إذا ادّعاها كلّ شخص لنفسه، و لازم الدلیل حصول التعارض، لعموم أدلّة حجّیة الشاهد و الیمین فی تلك الموارد، و لكنّه إنّما یتمّ عند من یقبلهما فی مطلق الأموال أو حقوق الناس.

و أمّا علی اختصاصهما بالدیون- كما هو الحقّ- فلا یمكن فیها التعارض، إلّا إذا ادّعی دینا بسبب خاصّ- كثمن مع فرس معیّن فی زمان معیّن- و أتی بالشاهد الواحد و حلف معه، و أتی المدّعی علیه بشاهدین علی موت ذلك الفرس قبل ذلك الزمان.

و یمكن أن یقال حینئذ أیضا: إنّ بیّنة المنكر لا دلیل علی قبولها إلّا مع التعارض مع البیّنة فی موارد خاصّة لا مطلقا، فلا تعارض بیّنة الشاهد و الیمین أصلا.

هذا، ثمّ إنّه نقل فی الشرائع عن الشیخ قولا بالتعارض و القرعة بینهما «١»، و كذلك صرّح فی الدروس بقوله بذلك «٢»، و عن فخر المحقّقین نفی القول عنه «٣»، بل نقول إنّه متردّد، و به صرّح فی المسالك بعد نقل عبارته فی المبسوط «۴».

و لا یخفی أنّ عبارته المنقولة فی المسالك ظاهرة فی التعارض، إذ لولاه للزم الحكم بالثلث لزید الذی له الشاهدان، و طرح قول عمرو الذی له الشاهد و الیمین، فلو لا حجیة مستنده و تعارضه مع مستند زید فما وجه

---

(١) الشرائع ۴: ١١١.

(٢) الدروس ٢: ١٠٢.

(٣) إیضاح الفوائد ۴: ۴٠٩.

(۴) المسالك ٢: ٣٩١.

مستند الشیعة فی أحكام الشریعة، ج١٧، ص: ۴٢٣

القرعة؟! و لیس معنی التعارض إلّا تضادّ المدلولین و عدم العمل بهما.

و أمّا حمل مراده علی أنّه علی القول بالتعارض- كما هو أحد قولی المخالفین، فمقتضی مذهبنا الإقراع دون التنصیف- فخلاف الظاهر.

و أمّا قوله: علی مذهبنا یقرع، فنظره إلی أنّ القرعة لكلّ أمر مجهول، و هذا ظاهر، و اللّه العالم.

المسألة الثامنة: قد عرفت لزوم التنصیف بین المتداعیین فی بعض الموارد

، فاعلم أنّه قال فی الشرائع: و كلّ موضع قضینا فیه بالقسمة فإنّما هو فی موضع یمكن فیه فرضها- كالأموال- دون ما یمتنع، كما إذا تداعی رجلان زوجة «١».

قال فی المسالك: بل الطریق هنا الحكم لمن أخرجته القرعة، إذ لا سبیل إلی غیره، و تؤیّده مرسلة داود العطّار: فی رجل كانت له امرأة، فجاء رجل بشهود شهدوا أنّ هذه المرأة امرأة فلان، و جاء آخرون فشهدوا أنّها امرأة فلان، فاعتدل الشهود و عدلوا، قال: «یقرع بین الشهود، فمن خرج اسمه فهو المحقّ، و هو أولی بها» «٢»، و علی هذا فلا فائدة فی الإحلاف بعد القرعة، لأنّ فائدته القضاء للآخر مع نكوله، و هو منفیّ هنا «٣». انتهی.

أقول: هذا الاستدراك إنّما یحسن عند من یحكم بالنصف بعلل مستنبطة، و أمّا علی ما هو التحقیق من أنّه لدلالة الأخبار علیه فلا حاجة إلی

(١) الشرائع ۴: ١١٢.

(٢) الكافى ٧: ۴٢٠- ٢، التهذيب ۶: ٢٣۵- ۵٧٩، الاستبصار ٣: ۴١- ١٣٩، الوسائل ٢٧: ٢۵٢ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٢ ح ٨، بتفاوت.

(٣) المسالك ٢: ٣٩١.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ۴٢۴

الاستدراك، لأنّ أخبار النصف كلّها واردة فى الأموال- كالبغلة و الدابّة و الدرهم و متاع البيت- و أمّا غيرها فلا، بل هى داخلة فى عموم القرعة و خصوصيّاتها فى تعارض البيّنات، كروايتى البصرى و داود بن سرحان و صحيحة الحلبى «١»، فيعمل بها.

و أمّا ما ذكره أخيرا- من نفى فائدة الإحلاف بعد الإقراع- ففيه نظر، إذ مع حلفه يحكم بالزوجيّة له، و مع نكوله يعرض الحلف على الآخر، فإن حلف يحكم له، و إن نكل هو أيضا يحكم لمن صدّقته الزوجة، لادّعائها و عدم معارض شرعى، فإن لم تصدّق أحدهما فتمنع عنهما و يخلّى سبيلها، و لا دليل على لزوم القضاء لأحدهما. إلّا أنّ مقتضى مرسلة داود عدم الإحلاف و العمل بمقتضى القرعة، لقوله: فهو المحقّ و الأولى. فهو متعيّن.

و لا يرد: أنّ مقتضى رواية البصرى و ما بعدها الإحلاف.

لأنّها عامّة، و المرسلة خاصّة بالزوجة، فتخصّص بها، فإن لوحظت جهة عموم للمرسلة أيضا- لدلالتها على الأولويّة مطلقا، سواء كان بعد الحلف أو قبله- فيتساقطان، و يبقى حكم القرعة بلا معارض، فتأمّل.

و هل يفيد تصديق الزوجة لأحدهما قبل الإقراع للحكم له؟

قال الأردبيلى: نعم، و لا أرى له دليلا، فتأمّل. و اللّه العالم.

المسألة التاسعة: إذا تعارضت البيّنتان فى الملك و اختلفتا فى التاريخ

- بأن تكون أحدهما فى الحال و الأخرى من سنة إلى الحال، أو تكون أحدهما من سنة إلى الحال و الأخرى من سنتين إلى الحال-

(١) المتقدّمة جميعا فى ص: ۴٠۵ و ۴٠۶.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ۴٢۵

فالمشهور ترجيح الأقدم، لتعارض البيّنتين فى الوقت المشترك بينهما فسقطتا، و المختصّة بالوقت المتقدّم سلمت عن المعارض فيستصحب حكمها.

و اعترض عليه: بأنّ مناط الحكم الملك فى الحال، و قد استويا «١».

و فيه: أنّ لازمه عدم الحكم بمقتضى البيّنة الحاليّة، و ذلك لا ينافى الحكم بمقتضى الاستصحاب.

و توهّم أنّ استصحاب الشاهد قد سقط بالتعارض، و استصحاب الحاكم لا يفيد.

باطل كما يأتى فى مسألة استصحاب الشاهد، و مرّت الإشارة إليه أيضا فى مسألة تعارض الملك القديم و اليد الحادثة.

و فى المسالك: إنّ المسألة مفروضة فيما إذا كان المدّعى به فى يد ثالث. و أمّا إذا كان فى يد أحدهما، فإن كانت بيّنة الداخل أسبق تأريخا فهو المتقدّم لا محالة، لأنّ بعد التساقط تبقى للداخل اليد و الاستصحاب معا.

و إن كانت بيّنة الخارج أسبق، فإن لم يجعل السبق مرجّحا يقدّم الداخل أيضا، لبقاء اليد خالية عن المعارض.

و إن جعلناه مرجّحا يتعارض مع يـد الـداخل، فيمكن أنّ يقـدّم الداخل، لأنّ اليد أقوى من الاستصـحاب، و أن يقدّم الخارج، لأنّ جهة بيّنته أقوى، و إذا انضمّت هذه الجهة مع الاستصحاب يترجّح، و إن تعارضا فتساقطا «٢».

---

(١) انظر المسالك ٢: ٣٩٢، الكفاية: ٢٧٧.

(٢) المسالك ٢: ٣٩٢.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٤٢٦

قال فى الكفاية- بعد نقل ذلك-: و الظاهر أنّ هذه التفاصيل إنّما تجرى على القول بتقديم بيّنة الداخل لا مطلقا «١».

أقول:

مراده أنّا إذا قلنا بترجيـح بيّنـة الخارج لم يكن اعتبار لبيّنـة الـداخل، فتكون لاغيـة، بخلاف ما إذا قلنا بترجيح الداخل، فإنّه لا يكون إلّا لطرح البيّنتين و ملاحظة المرجّحات الأخرى، التى منها اليد، فقد تكون فى الطرف الآخر أيضا.

و منه يظهر أنّ كلام المسالك ليس مبتيا على مخالفته لما اختاره أوّلا من ترجيـح بيّنة الخارج، بل نظره إلى أنّ فرض المسألة لا يمكن إلّا على اعتبار بيّنة الداخل و تقديمه.

و قـد يقـال: إنّ ما ذكره إنّما يتمّ لو بنى ترجيـح بيّنـة الخارج على حـديث: «البيّنـة على المـدّعى»، أمّا لو بنى على المرجّـح الخارجى- ككون التأسيس أولى من التأكيد- فيمكن إجراء الكلام على تقديم بيّنة الخارج أيضا، و لا بأس به، إلّا أنّ المبنى الثانى ممّا لم يعبأ به أحد من محقّقى الطائفة.

و اعلم أيضا أنّ مفروض المسألـة- كما ذكرنا- إنّما هو إذا صـرّحت بيّنـة القـديم أو الأقـدم بالملكيّـة الحاليّة أيضا، أو ضمّ مع الملكيّة القديمة قوله: و لا أعلم له مزيلا، و نحوه، على كونه معتبرا مقبولا، كما سيأتى تحقيقه، أو يسـكت عن الحال إن قلنا بكفايته فى ثبوت الشـهادة الحاليـة أيضـا. و أمّـا لو ضمّ مثـل قوله: و لاـ أدرى ما ذا حـدث فى الحال، و نحوه ممّا ينفى الشـهادة الحاليّـة، فهو خارج عن المسألة، فتأمّل.

---

(١) الكفاية: ٢٧٧.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٤٢٧

ثمّ أقول: إنّ بعض مـا ذكر إنّمـا هو إذا قلنـا بـأنّ تقـديم بعض البيّنـات المعارضـة على البعض فى مقـام تعارضـها إنّما هو بالمرجّحات الاعتباريّة الظنّية كما هو طريق العامّة و إن اقتفى أثرهم بعض الخاصّة غفلة عن الحقيقة.

و أمّا على ما ذكرنا- من أنّ المناط هو الأدلّـة الشـرعيّة من الأخبار و الإجماع- فلا وقع لأكثر هذه التفصـيلات الضـعيفة، بل الحكم هو المشـهور، للاستصـحاب المـذكور إن كان فى يـد ثالث، و إلّا فيقـدّم ذو اليـد، كما مرّ وجهه فى مسألـة تعارض الملك القـديم و اليد الجديدة.

هذا لو قطع النظر عن إطلاق أخبار المسألة، و إلّا- كما هو الحقّ- فهو المتّبع، و لا تساقط للبيّنات.

المسألة العاشرة: قالوا: لو تعارضت البيّنة بالملك المطلق و البيّنة باليد فالترجيح لبيّنة الملك

، لأنّ اقتضاء اليد للملكيّة إنّما هو بعنوان الأصل، فيزول بالدليل.

و استشكل فيه فى الكفاية بجواز أن يكون مستند الشهادة بالملك أيضا هو اليد، فلا يزيد على الشهادة باليد «١».

و ضعّف: بأنّ بناء الشهادة على مجرّد اليد فى غاية الندرة، مع الإشكال فى جوازه «۲».

و فيه: منع الندرة، بل لعلّه الغالب. و إشكال الفقهاء فى جوازه لا يوجب تفطّن الشاهد أيضا.

و التحقيق: أنّا إن اكتفينا فى قبول الشهادة بالملك المطلق فلا ينبغى

---

(۱) الكفاية: ۲۷۷.

(۲) غنائم الأيام: ۷۱۲.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۲۸

الريب فى دفعها لليد، لما مرّ، و ليس علينا الالتفات إلى المستند.

و إن قلنا بلزوم ذكر المستند فاللّازم ملاحظة حال المستند مع اليد، فإن دفعها يقدّم المستند و إلّا اليد، فإذا شهد بأنّه اشتراه زيد عن مالكه، و أخذه ذو اليد غصبا أو عارية، تقدّم شهادة الملك، و إن قال: اشتراه و ملكه، و لا أعلم مزيله، يبنى على كفاية ذلك فى الشهادة الحاليّة و عدمها.

المسألة الحادية عشرة: لو تعارضت البيّنة بسبب الملك- مثل قوله: اشتراه أو انتجه فى ملكه- و البيّنة بالتصرّف تصرّف الملّاك

، قيل: قدّمت بيّنة الملك بالسبب، لكون التصرّف أعمّ من الملك المطلق «۱».

أقول:

إن ضمّت كلّ من البيّنتين قوله: و اعلم أنّه ملكه الحال، فإن اعتبرنا هذه الشهادة فيرجع إلى ما تقدّم من تعارض البيّنتين، و لا تثمر زيادة السبب أو اليد شيئا، و إن لم نعتبرها فتكون الشهادة هى السبب و اليد، و يرجع إلى ما إذا لم تضمّ هذه الزيادة. فإن اكتفينا فى قبول الشهادة للملكيّة الحالية بالملكيّة السابقة مع السكوت، أو: و لا أعلم له مزيلا، تندفع بها أصالة اليد، و إلّا فتقدّم اليد، لعدم معارض لها، سوى الاستصحاب المندفع باليد، كما يأتى. و اللّه العالم.

---

(۱) القواعد ۲: ۲۲۳، المسالک ۲: ۳۹۲.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۲۹

الفصل السابع فى ذكر بعض المسائل التى يقع فيها التنازع

اشاره

و فيه مسائل:

المسألة الأولى: قال فى القواعد: لو كان فى دكّان عطّار و نجّار فاختلفا فى قماشه،

حكم لكلّ بآلة صناعته.

و قال أیضا: لو کان الخیّاط فی دار غیره فتنازعا فی الإبرة و المقصّ حکم بهما للخیّاط، لقضاء العادة بأنّ من دعی خیّاطا إلی منزله فإنّه یستصحب ذلک معه.

و لو تنازعا فی القمیص فهو لصاحب الدار، لأنّ العادة أنّ القمیص لا یحمله الخیّاط إلی منزل غیره.

و راکب الدابّة أولی من قابض لجامها.

و صاحب الحمل أولی.

و السرج لصاحب الدابّة دون الراکب.

و الراکب أولی بالحمل من صاحب الدابّة.

و لو تنازع صاحب العبد و غیره فی ثیاب العبد فهی لصاحب العبد، لأنّ ید العبد علیها.

و لو تنازع صاحب الثیاب و آخر فی العبد تساویا، لأنّ نفع الثیاب یعود إلی العبد لا إلی صاحبه.

و لو تنازع صاحب النهر و الأرض فی حائط بینهما فهو لهما، لأنّه

مستند الشیعة فی أحکام الشریعة، ج۱۷، ص: ۴۳۰

حاجز بینهما فتساویا «۱». انتهی.

أقول:

هذه المسائل کلّها متفرّعة علی الحکم بشیء لصاحب الید مع یمینه، فالمرجع فیها إلی تعیین ذی الید، و قد عرفت سابقا أنّه لا نصّ علی تعیینه من الشارع و لا من أهل اللغة، فیجب الرجوع فیه إلی العرف، فمن حکم العرف بکونه ذا الید و متصرّفا فیه یقدّم قوله مع یمینه.

و لا شکّ أنّ مناسبة شیء لصناعة أحد و حرفته لا توجب صدق ذی الید العرفی، و کذا ظنّ ملکیّته لا یکفی فی ذلک الصدق، و لذا لو ادّعی نجّار منشارا- فی ید خیّاط- أنّه ملکه، لا یقدّم قوله.

نعم، لو قلنا: إنّ حکم الشارع بتقدیم قول ذی الید إنّما هو لمظنّة ملکیّته، صحّ تقدیم قول من ظنّ ملکیّته لشیء، لا لصدق الید، بل لذلک الظنّ، و هو غیر معلوم.

و علی هذا، فاللّازم فی هذه المسائل الرجوع إلی العرف، فنقول:

أمّا فی الاولی، فلا نسلّم صدق ذی الید عرفا علی کلّ ذی صناعة من المتداعیین المذکورین فی آلات صناعته، إلّا إذا علمنا مع ذلک باستعماله إیّاها مکرّرا، و تقلّباته فیه، و أخذها، و وضعها، و العمل بها، و لو لا ذلک فالظاهر تساویهما.

و کذا الثانیة، لأنّ کون خیّاط فی دار غیره لا یدلّ علی أنّه دعی إلیها للخیاطة.

و لو سلّم فلا یدلّ علی أنّه حمل معه الإبرة و المقصّ.

و لا بعد فی حمل خیّاط قمیصا معه إلی دار دعی إلیها.

---

(۱) القواعد ۲: ۲۲۳.

مستند الشیعة فی أحکام الشریعة، ج۱۷، ص: ۴۳۱

فلو کانت الإبرة و المقص بید الخیّاط مستعملا إیّاهما آخذا و واضعا لهما یحکم فیهما بیده.

و القمیص لو کان فی ید صاحب الدار أو موضوعا فی داره فله.

و لو کان بید الخیّاط أو فی حجره أو مندیله فله.

و لو کان یقصّه أو یخیطه فی دار زید ففیه إشکال، لعدم معلومیّة صدق الید عرفا علیه مع ذلک، إلّا إذا علم أنّه لم یدع إلی الدار

للخياطة، بل إلّا إذا لم يعلم أنّه دعى إليها لها.

و أمّا الثالثة فكما ذكره.

و الرابعة كذلك إذا علم أن صاحب الحمل هو الذى حمله على الدابّة بنفسه، و أمّا لو علم أنّ قابض اللجام هو الذى وضع عليها حمل ذلك الشخص و شدّها فلا نسلّم صدق ذى اليد على صاحب الحمل.

و كذا لو اختلفا فى واضع الحمل.

و فى الخامسة يحكم لصاحب الدابّة لو لم يعلم أن واضع السرج عليها ذلك الغير، و إلّا فالظاهر تقديم قول الغير، للصدق العرفى.

و السادسة محلّ إشكال، و الظاهر فيها التساوى.

و السابعة كما قال.

و الثامنة محلّ إشكال، بل الظاهر تقديم صاحب الثياب، لصدق اليد عرفا، و لا مدخليّة لعود نفع الثوب فى الصدق.

و أمّا التاسعة، فإن لم يعلم اختصاص أحدهما بمكان الحائط، و لم تكن الأرض ممّا يحكم فى العرف بأنّ الحائط لها- كأن يكون الحائط مختصّا بحدّ واحد منها، و كانت سائر حدودها خالية عن الحائط- فالظاهر أنّه كما لا يد لأحد عليه.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٤٣٢

و إن كان المكان مختصّا بأحدهما فالحائط له.

و لو كانت الأرض ممّا تقضى العادة بتعلّق الحائط بها- كما إذا كانت محوّطة من الجوانب الأربعة- فالحائط لصاحب الأرض.

المسألة الثانية: قال أيضا: و لو اختلف الموجر و المستأجر فى شىء فى الدار

، فإن كان منقولا فهو للمستأجر، و إلّا فللموجر «١».

أقول:

هذه أيضا من متفرّعات اليد و التصرّف، و الظاهر أنّه قدّس سرّه بناها على مظنّة الملكيّة، و قد عرفت ما فيه، مع أنّ ما ذكره بإطلاقه فى ذلك أيضا محلّ نظر، فإنّ فى جريان الحكم فى كلّ منقول و كلّ مثبّت غير ظاهر، فإنّ الحكم بكون مصراع الباب المقلوع الظاهر فيه آثار القلع و الخشبة الكبيرة المعلوم استخراجها من بناء من المستأجر مشكل، و الحكم بكون السلّم أو الباب المثبّتين أو المسمار المثبت- سيّما إذا كانت الدار بيد المستأجر بالإجارة منذ سنين عديدة- للموجر أشكل.

و التحقيق: أنّه تتعارض هنا ملكيّة العين مع ملكيّة المنفعة فى التأثير فى صدق اليد عرفا، فإن كان لأحدهما فيها تصرّف السكنى- بأن يكون ساكنا فيها- فاليد فى المنقولات له مطلقا، بل فى غيرها أيضا على احتمال، و إن لم يسكن فيها أحدهما فالساكن فيها أخيرا هو صاحب السكنى، فتأمّل.

المسألة الثالثة: قال فى التحرير: لو ادّعى أنّك مزّقت ثوبى فلى عليك الأرش، كفاه أن يقول: لا يلزمنى الأرش

، لجواز التمزيق و عدم تعلّق الأرش. فلو أقرّ طولب بالبيّنة و يتعذّر عليه.

قال: و كذا لو ادّعى عليه دينا، فقال: لا تستحقّ عندى شيئا،

---

(١) القواعد ٢: ٢٢٣.

لم يكلّف الحلف على عدم الإقراض، لجواز الاستيفاء أو الإبراء.

و لو ادّعى عينا، فقال: ليس عندى ما يلزمنى التسليم، كفى فى الجواب، لجواز أن تكون رهنا أو مستأجرة. فلو أقام المالك البيّنة بالملك وجب التسليم «١». انتهى.

أقول:

ما ذكره فى الجواب فهو كذلك، إذ لا شكّ أنّ مجرّد دعوى التمزيق أو الإقراض أو أخذ العين لا يوجب جوابا- كما مرّ فى بحث الدعوى- بل الموجب للجواب هو المجموع المركّب من الأفعال المذكورة، و استحقاق الأرش أو استيفاء الدين أو تسلّم العين. فبالجواب عن الجزء الأخير يحصل الجواب عن الدعوى المركّبة، و الأصل عدم وجوب الإلزام بالجواب عن الجزء الآخر الذى لا يلزم بدعواه منفردا جوابا.

و أمّا ما يستفاد من صدر كلامه و صريح ذيله- من أنّه لو أقام المدّعى البيّنة على الجزء الأوّل يطالب المدّعى عليه بالجواب، و الخروج عن الحقّ- فهو كذلك فيما كان بحيث لو ثبت ما ادّعاه كان مثبتا لحقّ على المدّعى عليه مطلقا، كالإقراض و أخذ العين.

و أما لو كان له فردان أحدهما لا يوجب حقّا عليه فلا يطالب المدّعى عليه بالجواب أو الخروج عن الحقّ ما لم يدّع الفرد الموجب و أقام البيّنة عليه.

فلو ادّعى عليه أنّه جنى عليه دابّته حين ركوبه، ولى عليه الدية، و أقام البيّنة على جناية الدابّة، لم تفد ما لم يقيّدها بكون الجناية من يده.

و كذا لو قال: مزّق ثوبى- و قلنا بعدم لزوم الأرش بالتمزيق لا عن

---

(١) التحرير ٢: ١٨٩.

عمد- لم تفد إقامة البيّنة ما لم يقيّد التمزيق بالعمد. و لعلّ ذلك مراد الفاضل أيضا.

المسألة الرابعة: لو كتب الحاكم كتابا للمدّعى بالحكم، فاستوفى حقّه من المدّعى عليه، و طلب الكتاب من المدّعى

، قال فى التحرير:

لا تجب إجابته «١».

و هو كذلك، للأصل، و لأنّه ملكه لسبق حقّه عليه، و لاحتمال ترتّب فائدة له عليه.

نعم، قال: لو قال للحاكم: اكتب لى محضرا بقبض الحقّ منّى، لئلّا يطالبنى الخصم به ثانيا فى موضع آخر، فالوجه: وجوب إجابته.

أقول:

لا ينبغى الريب فى رجحانها، لأنّ فيها إجابة ملتمس مسلم، و لكن لا دليل على وجوبها، و الأصل ينفيه.

المسألة الخامسة: إذا اتّفقا على استئجار شى‌ء معيّن فى مدّة معيّنة، و اختلفا فى الأجرة

، فالاختلاف إن كان فى قدرها، كأن يقول الموجر:

عشرة، و المستأجر: خمسة، فإن لم تكن لأحدهما بيّنة فالمشهور- كما فى الكفاية «۲»- بتقديم قول المستأجر مع يمينه، لأنّه منكر للزيادة التى يدّعيها الموجر، و لا بيّنة للمدّعى.

و فيها قول للشيخ «۳» و بعض المتأخّرين «۴» بالتحالف، لكون كلّ منهما مدّعيا لعقد ينكره الآخر، ثمَّ الرجوع إلى أجرة المثل.

---

(۱) التحرير ۲: ۱۸۶.

(۲) الكفاية: ۲۷۷.

(۳) انظر المبسوط ۸: ۲۶۳.

(۴) حكاه عنه فى الكفاية: ۲۷۷.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۳۵

و قول للشيخ أيضا بالقرعة مطلقا «۱»، لأنّها لكلّ أمر مشكل.

و قول له أيضا بالتفصيل بالفرق بين النزاع قبل انقضاء الأجل فالتحالف، أو بعده فالقرعة أو تقديم قول المستأجر متردّدا بينهما «۲».

و إن كانت لهما البيّنة فمع تقديم تأريخ إحداهما تبطل الأخرى، و مع الاتّحاد أو الجهل بالمتقدّم فالمشهور- كما فى الكفاية «۳»- تقديم بيّنة المؤجر، لأنّه المدّعى.

و فيه أيضا قول بالتحالف «۴»، و بالقرعة «۵»- فيحلف من أخرجته القرعة- و بتقديم بيّنة المستأجر على القول بتقديم بيّنة الداخل «۶».

و إن كانت لأحدهما البيّنة، ففى الكفاية: أنّ الحكم فيه لذى البيّنة.

و استدلّ له الأردبيلى بأنّ كلّ واحد منهما مدّع فى الجملة.

و إن كان الاختلاف فى نوع الأجرة حتى لا يكون بينهما قدر مشترك، فظاهرهم انحصار القول فيه بالتحالف، أو القرعة مع عدم البيّنة، أو إقامتهما البيّنة، و متابعة البيّنة إن أقامها واحد منهما.

أقول:

أمّا القول بتقديم قول المستأجر فى صورة الاختلاف فى القدر و عدم البيّنة لأنّه المنكر، و كذا القول بتقديم بيّنة المؤجر فى صورة تعارض البيّنتين، لا يلائم ما ذكروه فى صورة وجود البيّنة لأحدهما من الحكم لذى

---

(۱) حكاه عنه فى المسالك ۲: ۳۹۴.

(۲) حكاه عنه فى المسالك ۲: ۳۹۴.

(۳) الكفاية: ۲۷۸.

(۴) الكفاية: ۲۷۸.

(۵) المبسوط ۸: ۲۶۴. الكفاية: ۲۷۸.

(۶) الكفاية: ۲۷۸.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۳۶

البيّنة مطلقا، لأنّ مقتضى دليلهم للأولين عدم اعتبار بيّنة المستأجر، فكيف يحكم له بها؟! و التحقيق: أنّه لا ينبغى الريب فى كون المستأجر مدّعيا أيضا- كما مرّ فى كلام الأردبيلى- و إن استلزمت دعواه نفى الزائد، للصدق الواضح العرفى.

و نظير ذلك دعوى المطالب بالدين للأداء، فإنّه مدّع مع استلزامه نفى ما يطالب به.

و كذا لو ادّعى زيد على عمرو مائة، ثمن فرسه المعيّن الذى باعه له أمس، و ادّعى عمرو موت ذلك الفرس بعينه شهرا قبل الأمس، و

كانت له بيّنة، فإنّه تسمع بيّنته و إن استلزمت نفى ما يدّعيه زيد من الثمن عنه.

و الأمر كذلك هنا، لأنّ المستأجر يدّعى وقوع العقد على الخمسة، و هو ادّعاء و إن استلزم نفى الزائد، فتقديم قوله مطلقا- لأنّه منكر محض- لا وجه له.

نعم، هو منكر لوقوع العقد على العشرة المستلزمة لإثبات الزيادة، كما أنّ الموجر منكر لوقوعه على الخمسة المستلزمة لنفيها، فالقول الأوّل- فى صورة عدم البيّنة و الاختلاف فى القدر- غير جيّد.

و أمّا القول بالتحالف فيها فهو و إن كان موافقا للقاعدة، إلّا أنّ الرجوع إلى أجرة المثل بعده غير جيّد، لأنّها قد تكون أنقص من الخمسة، مع اعتراف المستأجر باشتغال الذمّة بها، و قد تكون أزيد من العشرة، مع اعتراف الموجر بعدم استحقاق الزائد. بل هما معترفان بوقوع العقد على المعيّن، و أنّه ليس غير الخمسة أو العشرة، فالرجوع بعد التحالف إلى القرعة بين القدرين أجود، مع أنّ فى التحالف هنا أيضا كلاما مرّ وجهه،

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٤٣٧

و هو أنّ المتبادر من المدّعى و المنكر- فى صورة التقابل و توظيف حكم لكلّ منهما- هو المدّعى و المنكر المحض فى الدعوى الواحدة، مع أنّ بيمين أحدهما أولا و سقوط دعوى الآخر تثبت دعوى الحالف، لاعترافهما بعدم خروج العقد عن أحد الأمرين.

فأجود الأقوال هو القول الثالث، و هو الرجوع إلى القرعة، و أحوطهما الجمع بين التحالف و القرعة فى القدر، كما مرّ.

هذا مع عدم البيّنة، و أمّا مع وجودها لهما فالرجوع إلى القرعة أظهر، لرواية البصرى و صحيحة الحلبى المتقدّمتين فى بحث تعارض البيّنات «١»، سيّما مع ما ذكرنا من عدم معلوميّة شمول البيّنة على المدّعى و اليمين على المدّعى عليه لمثل ذلك، خصوصا رواية منصور المتضمّنة للفظ: ذى اليد «٢».

و مع وجودها لأحدهما فالحكم لذى البيّنة، لصدق المدّعى عليه، كما مرّ.

و كذا الحكم فى صورة الاختلاف فى النوع، فيقرع مع عدم البيّنة، أو وجودها لهما، و يحكم لذى البيّنة مع وجودها لأحدهما.

مسألة: إذا ادّعى استئجار دار بأجرة، و قال الموجر: بل بيت منها بتلك الأجرة، و لا بيّنة

، فقال الشيخ و المحقّق: يقرع «٣». و قيل: يقدّم قول المؤجر، لأنّه المنكر للزيادة «۴». و الأوّل أقرب، لما مرّ.

---

(١) راجع ص: ۴٠۵ و ۴٠۶.

(٢) التهذيب ۶: ٢۴٠- ۵٩۴، الاستبصار ٣: ۴٣- ١۴٣، الوسائل ٢٧: ٢۵۵ أبواب كيفية الحكم ب ١٢ ح ١۴.

(٣) الشيخ فى المبسوط ٨: ٢۶۴، المحقق فى الشرائع ۴: ١١٣.

(۴) الكفاية: ٢٧٨.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٤٣٨

و قيل بالتحالف حينئذ، فيحكم للحالف، و مع حلفهما أو نكولهما يحكم ببطلان الإجارة، و عدم استحقاق الأجرة، و مع استيفاء المنفعة بأجرة المثل، و وجهه كون كلّ منهما منكرا «١».

و قد مرّ ما يضعّفه، مع أنّه قد يوجب إسقاط ما يعترفان باستحقاقه من الأجرة المعيّنة و منفعة البيت.

و لو كانت لأحدهما بيّنة يقضى له.

و لو كانت لهما، فمع اتّحاد التاريخ أو الجهل يقرع.

و مع تقدّم تأريخ الدار تبطل إجارة البيت.

و مع تقدّم إجارة البيت حكم به بالأجرة المسمّاة، و بطل من إجارة الدار ما قابلها، و صحّ فى الباقى، و يعلم ذلك بمعرفة أجرة المثل و مراعاة النسبة.

و لو ادّعى استئجار بيت بأجرة، و قال الموجر: بل آجرت ذلك البيت الآخر بها، و لا بيّنة، يقرع بينهما.

و توهّم كون ذلك دعويان متخالفتان- فيعمل فى كلّ منهما بمقتضى القضاء- إنّما يصحّ إذا اقتصر كلّ منهما على دعوى إجارة ما يدّعيه، دون نفى الآخر.

و أمّا مع اعترافهما أو أحدهما بوحدة العقد و الموجر به فلا يتمّ ذلك، إذ قد يحلفان أو ينكلان، فيلزم الحكم بما يعترفان فيه بعدم الاستحقاق.

و لو كانت بيّنة لأحدهما يحكم له.

---

(۱) القواعد ۲: ۲۲۸.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۳۹

و لو كانت لهما يقرع أيضا إذا اتّفق المتنازعان على وحدة الموجر به، و عدم استحقاق الأجرتين و المنفعتين، و إلّا فيحكم لهما.

و كذا يقرع لو وقعت الدعوى المذكورة على اجرة عينيّة مخصوصة واحدة- كثوب معيّن- إلّا إذا أقاما البيّنة و تقدّم تأريخ أحدهما فيحكم بها، و يبطل الآخر. و اللّه العالم بحقائق أحكامه.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۴۰

المطلب الثالث فى بيان ما يحتاج إلى الرفع إلى الحاكم و الدعوى و الرجوع إلى حكمه، و ما لا يحتاج إليه و يجوز فيه التقاصّ بدون الترافع

اشاره

اعلم أنّ منشأ التخالف بين الشخصين و التنازع فى واقعة إمّا يكون لأجل جهل طالب الحقّ- الذى هو المدّعى- بحكم الواقعة، و لأجله يجوز ثبوت حقّ له على خصمه فينازعه.

أو جهله بنفس الواقعة، كالدعوى الظنّية أو الاحتماليّة، على القول بسماعهما.

أو لأجل اختلاف المجتهدين فى حكم الواقعة، فطالب الحقّ يقلّد من يقول بثبوت الحقّ له، و خصمه يقلّد من ينفيه، أو الأول يقلّد من يثبت حقّا فى واقعة- كالقصاص- و الثانى يقلّد من يثبت غيره، كالدية. و منه تنازع أحد الشركاء الثلاثة فى الشفعة، و الولد الأكبر مع سائر الورثة فى الحبوة، و المتبايعين فى لزوم العقد و عدمه فى الصيغة الفارسيّة، و غير ذلك.

أو لأجل إنكار المدّعى عليه الحقّ عدوانا، أو سهوا و نسيانا، أو عدم بقاء الحقّ و إن لم يكن منكرا.

و قد يكون الاحتياج إلى الرفع إلى الحاكم لمجرّد الاستيفاء، من غير سبق منازعة و إنكار- كطالب القصاص ممّن يقرّ بالقتل و هو تحت يد الولى، أو طالب الحقّ من صغير أو غائب ماله فى يده، و نحو ذلك- و يكون النزاع حينئذ فرضيّا.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۴۱

فإن كان منشأ النزاع المتحقّق أو الفرضى أحد الجهلين فلا مناص من الترافع، أو ترك الحقّ.

أمّا فى الجهل الأول فلأنّ الطالب لا يعلم الحكم، فلعلّه لم يكن بذى حقّ، و الأصل عدم ثبوته له.

و أمّا فى الثانى فلأنّه لا يعلم ثبوت حقّ له، و لا يثبت له حقّ إلّا بالحلف أو النكول الذى يختصّ الحكم به بالحاكم.

و كـذا إن كـان المنشأ اختلاف العلماء، فلا يجوز للطالب أخـذ حقّ بـدون الترافع و حكم الحاكم، لأنّ ثبوت الحقّ له إمّا يكون بتقليد الطرفين لمن يقول بثبوته- و المفروض انتفاؤه، و إلّا لما كان بينهما نزاع- أو بحكم الحاكم.

و أمّا ثبوته بتقليد المدّعى خاصّة فلا، لأنّ القدر المسلّم ثبوته أنّ رأى المجتهد حكم له و لمقلّده ما لم يزاحمهما حقّ شخص آخر لا يقلّده فى ذلك الأمر- كما مرّ فى أوائل الباب- و لم يثبت من أدلّة التقليد أزيد من ذلك.

و أمّا كونه حكما ثابتا له إذا زاحمه حقّ غيره الذى لا يقلّد ذلك المجتهد فلا دليل عليه أصلا، فلا يصير السيف- مثلا- ملكا له بالحبوة بتقليد من يقول بدخوله فى الحبوة ما لم يقلّده سائر الورثة أيضا، فلا يجوز له التقاصّ بسببه.

و إن كان منشأ النزاع الفرضى أو الواقعى مجرّد إنكار المدّعى عليه بأحد وجوهه المذكورة، أو عدم بقائه، أو عدم كون الإبقاء بيده- كالقصاص، أو الحقّ الذى على الصغير مثلا، و المال بيد ذى الحقّ- فقد وقع الخلاف فى توقّف استيفاء الحقّ فى بعض موارده على الترافع و عدمه.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٤٤٢

و المراد توقّفه عليه شرعا، بمعنى: أنّه هل يجوز لطالب الحقّ الاستيفاء لو أمكن بدون الرفع و يحلّ له ما استوفاه شرعا؟ و إلّا فلا كلام فى التوقّف فى صورة عدم إمكان الاستيفاء لجحود الخصم و تغلّبه، بحيث لم يمكن الوصول إلى الحقّ و دفع تغلّب الخصم بدون التوصّل إلى الحاكم.

ثمّ لبيان محلّ الخلاف و تحقيق الحقّ فى المقام نقول: و المطلوب إمّا يكون عقوبة، أو حقّا غير مالى، أو مالا، فهاهنا ثلاثة أبحاث

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٤٤٣

البحث الأول فى العقوبات

و هى إمّا قصاص، أو حدّ، أو دية، و الأخير داخل فى الدعاوى المالية.

أمّا الأول:

ففيه قولان:

الأول:

عدم الاحتياج إلى الحاكم، و جواز استقلال الولى فى القصاص، اختاره فى موضع من المبسوط و النافع «١»، و ظاهر الشرائع حيث جعل التوقيف أولى «٢»، و الفاضل فى أحد قوليه «٣»، و أكثر المتأخّرين، بل عامّتهم- كما قيل «۴»- و نسبه فى كتاب قصاص المسالك إلى الأكثر «۵».

و الثانى:

وجوب الرفع إلى الحاكم، ذهب إليه فى موضع آخر من المبسوط و فى الخلاف «۶»، و عن المقنعة و المهذّب و الكافى و القواعد و الغنية و قضاء المسالك «٧»، و فى الكفاية: لا أعرف فيه خلافا «٨». و عن الغنية:

بلا خلاف «٩»، و عن ظاهر الخلاف: الإجماع عليه «١٠».

---

(١) المبسوط ٧: ۵۴، النافع: ٢٩٩.

(٢) الشرائع ۴: ٢٢٨.

(٣) التحرير ٢: ٢۵۵.

(۴) الرياض ٢: ۵٢١.

(۵) المسالک ۲: ۴۷۷.

(۶) المبسوط حكاه عنه في التنقيح ۴: ۴۴۴، الخلاف ۲: ۳۶۹.

(۷) المقنعة: ۷۶۰، المهذب ۲: ۴۸۵، الكافي: ۳۸۳، الغنية (الجوامع الفقهية):

۶۲۰، المسالک ۲: ۴۷۷.

(۸) الكفاية: ۲۷۵.

(۹) الغنية (الجوامع الفقهية): ۶۲۰.

(۱۰) الخلاف ۲: ۳۶۹.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۴۴

و الأقوى هو الأول، لقوله سبحانه فَمَنِ اعْتَدى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدى عَلَيْكُمْ «۱»، و عموم أخبار جواز اقتصاص الولي من الجاني «۲»، و هي كثيرة جدّا، و الأصل عدم التوقّف على شيء.

و دليل الثاني: الإجماع المنقول.

و احتياج إثبات القصاص و استيفائه إلى الاجتهاد، للاختلاف.

و القياس على الحدود بالطريق الأولى.

و مفهوم رواية محمّد: «من قتله القصاص بأمر الإمام فلا دية له في قتل و لا جراحة» «۳».

و بعض اعتبارات أخر ضعيفة.

و يردّ الأول: بعدم الحجيّة، سيّما مع مخالفته للشهرة المطلقة و المقيّدة المحكيّة.

و الثاني: بخروج موضع الاختلاف عن محلّ الخلاف، إذ هو تيقّن الولي بثبوت القصاص، و هو غير متوقّف على إذن الحاكم في كثير من الموارد، و منها: ما إذا كان الولي من أهل الاجتهاد و النظر، أو عالما بمواقع الإجماع أو الضرورة، أو بفتوى المجتهد، و نحو ذلك.

و الثالث: ببطلان القياس، و بمنع الأولويّة، لعدم مقطوعيّة العلّة.

و الرابع:- مع كون مفهومه مفهوم وصف لا- حجّية فيه- بأنّه لو اعتبر لكان مقتضاه ثبوت الدية على الولي القاتل إذا لم يكن بإذن الإمام، و القائلون بالتوقّف لا يقولون به.

---

(۱) البقرة: ۱۹۴.

(۲) الوسائل ۲۹: ۱۲۶ أبواب القصاص في النفس ب ۶۲.

(۳) التهذيب ۱۰: ۲۷۹- ۱۰۹۱، الوسائل ۲۹: ۱۸۳ أبواب قصاص الطرف ب ۲۱ ح ۱.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۴۵

مضافا إلى أنّه لا يدلّ على اعتبار إذنه بالخصوص، فإنّ كلّ قصاص شرعي إنّما هو بأمر الإمام.

ثمَّ على القول الأخير، لو بادر الولي إلى القصاص لم يكن عليه قود و لا دية بلا خلاف، للأصل، و اختصاص أدلّتهما بغير ذلك. و في استحقاقه التعزير و عدمه قولان.

و هل قصاص الطرف كقصاص النفس- لأنّه قصاص، و للأصل، و العمومات- أو يجب فيه الرفع، لأنّه بمثابة الحدّ؟ الأقرب: الأول، لما ذكر.

و أمّا الثاني:

فلا تجوز المبادرة إليه بدون إذن الحاكم، لظاهر الإجماع، و رواية حفص بن غياث: من يقيم الحدود: السلطان أو القاضي؟

فقال: «إقامة الحدود إلى من إليه الحكم» «١». و اللّه العالم.

---

(١) الفقيه ۴: ۵١- ١٧٩، التهذيب ۶: ٣١۴- ٨٧١ و ج ١٠: ١۵۵- ۶٢١، الوسائل ٢٧: ٢٩٩ أبواب كيفية الحكم ب ٣١ ح ١ و ج ٢٨: ۴٩ أبواب مقدمات الحدود ب ٢٨ ح ١.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ۴۴۶

البحث الثانى فى الحقوق الغير الماليّة، كالزوجيّة، و الوصاية، و الطلاق، و حقّ الشفعة، و الخيارات، و نحوها.

و الظاهر: الإجماع على عدم وجوب المرافعة و إذن الحاكم فيها، و استقلال ذى الحقّ فى استيفائه مع الإمكان و علمه بحقّه- اجتهادا، أو تقليدا، أو ضرورة و إجماعا- لظاهر الإجماع، و الأصل الخالى عن المعارض بالمرّة.

مضافا إلى رجوع بعض الحقوق إلى المال الثابت جواز أخذه بلا رفع، كما فى الحقّ الثابت بخيار الفسخ، و نحوه، فتأمّل.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ۴۴٧

البحث الثالث فيما إذا كان المطلوب مالا، عينا أو دينا

اشاره

و فى كلّ منهما: إمّا يكون المطلوب منه مقرّا به باذلا غير مماطل و لا معتذرا، أو لا يكون كذلك.

فإن كان الأول فلا كلام فيه، و لا دعوى، و لا يجوز الأخذ بدون إذن الغريم حينئذ، لأنّ الغريم مخيّر فى جهة القضاء، فلا يتعيّن إلّا بتعيينه.

نعم، للحاكم أيضا تعيينه لو كان الغريم غائبا، لعموم النص المصرح بالقضاء عن الغائب.

و إن كان الثانى، فالظاهر الإجماع على عدم وجوب الرفع، و جواز مقاصّة الطالب عن مال المطلوب منه بنفسه فى الجملة، و إنّما الخلاف فى بعض موارده.

و لنذكر أولا طائفة من الآيات و الأخبار المجوّزة للمقاصّة، ثمّ نتبعها بما يستنبط منها.

أمّا الآيات: فقوله سبحانه فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدى عَلَيْكُمْ «١».

و قوله فَعاقِبُوا بِمِثْلِ ما عُوقِبْتُمْ بِهِ «٢».

و أمّا الأخبار: فمنها صحيحة الحضرمى: رجل كان له على رجل مال، فجحده إيّاه، و ذهب به، ثمّ صار إليه بعد ذلك للرجل الذى ذهب

---

(١) البقرة: ١٩۴.

(٢) النحل: ١٢۶.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ۴۴٨

بماله مال قبله، أ يأخذه مكان ماله الذى ذهب به ذلك الرجل؟ قال: «نعم، لكن لهذا كلام يقول: اللّهمّ إنّى آخذ هذا المال مكان مالى الذى أخذه منّى، و إنّى لا آخذ ما أخذته خيانة و لا ظلما» «١».

و الأخرى، و هى أيضا قريبة من سابقتها «۲».

و زاد فى خبر آخر: «إن استحلفه على ما أخذ منه فجائز أن يحلف إذا قال هذه الكلمة» «۳».

و الأخرى: رجل لى عليه دراهم، فجحدنى و حلف عليها، أ يجوز لى إن وقع له قبلى دراهم أن آخذ منه بقدر حقّى؟ فقال: «نعم، و لكن لهذا كلام» قلت: و ما هو؟ قال: «تقول: اللّهمّ لم آخذه ظلما و لا خيانة، و إنّما أخذته مكان مالى الذى أخذ منّى، لم أزدد شيئا عليه» «۴».

و رواية ابن وضّاح: كانت بينى و بين رجل من اليهود معاملة، فخاننى بألف درهم، فقدّمته إلى الوالى فأحلفته فحلف، و قد علمت بأنّه حلف يمينا فاجرة، فوقع له بعد ذلك عندى أرباح و دراهم كثيرة، فأردت أن أقبض الألف درهم التى كانت لى عنده فأحلف عليها، فكتبت إلى أبى الحسن عليه السّلام، فأخبرته أنّى قد أحلفته فحلف، و قد وقع له عندى مال، فإن أمرتنى أن آخذ منه الألف درهم التى حلف عليها فعلت؟ فكتب: «لا تأخذ منه شيئا، إن كان ظلمك فلا تظلمه، و لو لا أنّك رضيت بيمينه فحلّفته

(۱) الكافى ۵: ۹۸- ۳، التهذيب ۶: ۱۹۷- ۴۳۹، الاستبصار ۳: ۵۲- ۱۶۹، الوسائل ۱۷: ۲۷۴ أبواب ما يكتسب به ب ۸۳ ح ۵، بتفاوت يسير.

(۲) الفقيه ۳: ۱۱۴- ۴۸۵، الوسائل ۱۷: ۲۷۴ أبواب ما يكتسب به ب ۸۳ ح ۵.

(۳) الفقيه ۳: ۱۱۴- ۴۸۷، الوسائل ۱۷: ۲۷۴ أبواب ما يكتسب به ب ۸۳ ح ۶.

(۴) التهذيب ۶: ۳۴۸- ۹۸۲، الاستبصار ۳: ۵۲- ۱۶۸، الوسائل ۱۷: ۲۷۳ أبواب ما يكتسب به ب ۸۳ ح ۴.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۴۹

لأمرتك أن تأخذها من تحت يدك، و لكنك رضيت بيمينه، لقد مضت اليمين بما فيها» «۱».

و صحيحة داود بن زربى: إنّى أخالط السلطان، فتكون عندى الجارية فيأخذونها، أو الدابّة الفارهة فيأخذونها، ثمَّ يقع لهم عندى مال، فلى أن آخذه؟ فقال: «خذ مثل ذلك، و لا تزد عليه» «۲»، و قريبة منها الأخرى «۳».

و صحيحة البقباق: إنّ شهابا ماراه فى رجل ذهب له ألف درهم، و استودعه بعد ذلك ألف درهم، قال أبو العبّاس: قلت له: خذها مكان الألف الذى أخذ منك، فأبى شهاب، قال: فدخل شهاب على أبى عبد اللّه عليه السّلام، فذكر له ذلك، فقال: «أمّا أنا فأحبّ أن تأخذ و تحلف» «۴».

و رواية الأرمنى، كان لى على رجل دراهم، فجحدنى، فوقعت له عندى دراهم، فأقبض من تحت يدى مالى عليه؟ و إن استحلفنى حلفت أنّ ليس له علىّ شىء؟ قال: «نعم، فاقبض من تحت يدك، و إن استحلفك فاحلف له، إنّه ليس له عليك شىء» «۵».

و رواية إسحاق بن إبراهيم: إنّ موسى بن عبد الملك كتب إلى أبى جعفر عليه السّلام يسأله عن رجل دفع إليه مالا ليصرفه فى بعض وجوه البرّ، فلم

(۱) الكافى ۷: ۴۳۰- ۱۴، التهذيب ۶: ۲۸۹- ۸۰۲، الاستبصار ۳: ۵۳- ۱۷۵، الوسائل ۲۷: ۲۴۶ أبواب كيفية الحكم ب ۱۰ ح ۲، بتفاوت.

(۲) التهذيب ۶: ۳۳۸- ۹۳۹، الوسائل ۱۷: ۲۷۲ أبواب ما يكتسب به ب ۸۳ ح ۱، بتفاوت يسير. و فيهما: عن داود بن رزين.

(۳) الفقيه ۳: ۱۱۵- ۴۸۹، الوسائل ۱۷: ۲۷۲ أبواب ما يكتسب به ب ۸۳ ح ۱.

(۴) التهذيب ۶: ۳۴۷- ۹۷۹، الاستبصار ۳: ۵۳- ۱۷۴، الوسائل ۱۷: ۲۷۲ أبواب ما يكتسب به ب ۸۳ ح ۲.

(۵) التهذيب ۸: ۲۹۳- ۱۰۸۳، الوسائل ۲۳: ۲۸۵ أبواب الأيمان ب ۴۷ ح ۱، بتفاوت.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ۴۵٠

يمكنه صرف ذلك المال فى الوجه الذى أمره به، و قد كان له عليه مال بقدر هذا المال، فسأل هل يجوز لى أن أقبض مالى، أو أردّه عليه و أقتضيه؟

فكتب: «اقبض مالك ممّا فى يدك» «١».

و رواية علىّ بن سليمان: رجل غصب رجلا مالا أو جارية، ثمّ وقع عنده مال بسبب وديعة أو قرض مثل ما خانه أو غصبه، أ يحلّ له حبسه عليه أم لا؟ فكتب عليه السّلام: «نعم، يحلّ له ذلك إن كان بقدر حقّه، و إن كان أكثر فيأخذ منه ما كان عليه، و يسلّم الباقى إليه إن شاء اللّه» «٢».

و رواية جميل: عن الرجل يكون له على الرجل الدين، فيجحده، فيظفر من ماله بقدر الذى جحده، أ يأخذه و إن لم يعلم الجاحد بذلك؟

قال: «نعم» «٣».

ثمّ نقول: إنّ تحقيق المقال فى هذا المجال بذكر مسائل:

المسألة الأولى: المال المطلوب إن كان عينا

، فإن كان المالك قادرا على أخذه من دون فتنة أو مشقّة، و لا ارتكاب أمر غير مشروع- كدخول دار الغاصب بغير إذنه، أو ثقب «۴» جداره، أو نحو ذلك- جاز له الأخذ من غير رفع إجماعا، للاستصحاب، و تسليط الناس على أموالهم، و للأصل.

و لا يجوز له الأخذ من مال الغاصب بقدره حينئذ، للأصل، و ظاهر

(١) التهذيب ۶: ٣۴٨- ٩٨۴، الاستبصار ٣: ۵٢- ١٧٠ الوسائل ١٧: ٢٧۵ أبواب ما يكتسب به ب ٨٣ ح ٨، بتفاوت.

(٢) التهذيب ۶: ٣۴٩- ٩٨۵، الاستبصار ٣: ۵٣- ١٧٣، الوسائل ١٧: ٢٧۵ أبواب ما يكتسب به ب ٨٣ ح ٩ و فيه: رجل غصب مالا ..

(٣) التهذيب ۶: ٣۴٩- ٩٨۶، الاستبصار ٣: ۵١- ١۶٧، الوسائل ١٧: ٢٧۵ أبواب ما يكتسب به ب ٨٣ ح ١٠.

(۴) فى خ ل «ح»: نقب ..

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ۴۵١

الإجماع.

و أمّا إطلاق صحيحة داود الاولى و روايتى ابن وضّاح و علىّ بن سليمان فشموله لمثل تلك الصورة غير معلوم، و لا ظاهر.

و إن توقّف أخذه على أمر غير مشروع- كتصرّف فى داره، أو فتح بابه- من غير إضرار بالغاصب، و لم يمكن بغير ذلك جاز الأخذ أيضا، و يحلّ له ما لا يحلّ لغرض آخر، لنفى الضرر و الضرار المعارض لحرمة التصرّف فى مال الغير مثلا، فتبقى الإباحة الأصليّة بحالها.

و كذا لو تضمّن ضررا لم يكن أزيد من ضرر المالك، لقوله سبحانه:

فَمَنِ اعْتَدى عَلَيْكُمْ، و قوله فَعاقِبُوا بِمِثْلِ ما عُوقِبْتُمْ بِهِ.

و لو نوى ضمان ضرره حينئذ صار جواز الأخذ أظهر، لعدم صدق الضرر.

و لو أمكن الأخذ حينئذ بالرجوع إلى الحاكم، فهل يتعيّن- تحرّزا عن ضرر الغاصب أو ارتكاب ما لا يحلّ- أو يجوز الأخذ، للآيتين؟ فيه احتمالان، و الأحوط الرفع.

و لو أمكن المقاصّة من مال آخر له جازت المقاصّة مع إمكان أحد الأمرين المتقدّمين- من أخذ العين بالتصرّف فى ماله أو إضراره، و من الرفع- أو كليهما، لإطلاق الصحيح و الروايتين. و يجوز الرفع أيضا بلا ريب. و مقتضى الآيتين جواز الأمر الأول أيضا.

و الظاهر أنّ تأخير الغاصب فى الردّ تأخيرا موجبا للضرر كنفس الغصب و عدم إرادة الردّ أيضا.

ثمَّ لو اقتصّ المالك من مال الغاصب، ثمَّ ردّ الغاصب العين، فللمالك الأخذ، للاستصحاب، و عليه ردّ المال المقاص- لعدم ثبوت جواز

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۵۲

التصرّف فيه- إليه حينئذ أيضا. و كذا لو ظفر المالك بعينه.

هذا إذا كانت العين المقاصّة باقية، و لو تلفت فلا يجب على المالك العوض من ماله، للأصل.

و هل يجوز له أخذ عين ماله من الغاصب- للاستصحاب- أو لا يجوز، لاستلزامه الجمع بين العوض و المعوّض؟

فيه إشكال، و إن كان الأول أقرب، لما مرّ، و منع كونه ما أخذ عوضا عن ماله أولا، بل هو أمر جوّزه الشارع عقوبة، و منع عدم جواز الجمع بين العوض و المعوّض ثانيا.

المسألة الثانية: و إن كان المطلوب دينا، و الغريم جاحدا، و ليست له بيّنة

، أو كانت و لم يمكن التوصّل إلى الحاكم، أو أمكن و لم يكن حكمه نافذا عليه، أو احتاج الإثبات عند الحاكم إلى مدّة، أو تعب يوجب الضرر، أو كان مماطلا و لم يمكن الانتزاع بالحاكم، جازت المقاصّة من مال الغريم بلا خلاف يعرف، كما صرّح به فى الكفاية أيضا «۱»، و تدلّ عليه الآيتان، و الأخبار المتقدّمة جميعا مع الجحود، و طائفة منها مع المماطلة.

و لو أمكن الوصول إلى الحقّ بالرفع إلى الحاكم من غير تأخير و ضرر، كان مقرّا مماطلا أو جاحدا، ففى جواز التقاصّ حينئذ و عدمه قولان:

الأول: للأكثر- كما فى المسالك و الكفاية «۲» و عن الصيمرى- و منهم:

الشيخ و الشرائع و المسالك و الدروس و الخلاف «۳»، بل قيل: عامّة المتأخّرين «۴».

---

(۱) الكفاية: ۲۷۵.

(۲) المسالك ۲: ۳۸۸، الكفاية: ۲۷۵.

(۳) الشيخ فى المبسوط ۸: ۳۱۱، الشرائع ۴: ۱۰۹، المسالك ۲: ۳۸۹، الدروس ۲: ۸۵، الخلاف ۲: ۶۴۶.

(۴) انظر الرياض ۲: ۴۱۱.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۵۳

للعمومات المتقدّمة، بل صريح بعضها، و هو رواية إسحاق، حيث قال فيها: أو أردّه عليه و أقتضيه. فإن الاقتضاء صريح فى إمكان التوصّل.

و الثانى: للنافع «۱»، للأصل، و بعض الاعتبارات اللّازم رفع اليد عنها بما مرّ.

و هل يحلّ التقاصّ مطلقا؟ كما هو مذهب المعظم.

أو يجب ذكر الكلام المذكور فى الأخبار الأربعة الأولى؟ كما عن الصدوق فى الفقيه و الشيخ فى التهذيب «۲».

الأظهر: الأول، للأصل، و عدم دلالة غير الثالثة على تعيين ذكره و التوقّف عليه، بل غايته الاستحباب، كما عليه أكثر الأصحاب.

و أمّا الثالثة، فهى و إن دلّت بالمفهوم على اعتباره فى الجواز إلّا أنّ مقتضاها اعتباره فى جواز الحلف خاصّة، و هو ممّا لم يقل به أحد.

و يشترط جواز المقاصّة بعدم الترافع و التحالف، فإنّه لا يجوز التقاصّ بعده، كما مرّ.

و لا يشترط فيها إذن الحاكم، للأصل.

نعم، تشترط فتواه فى محلّ الاختلاف.

المسألة الثالثة: مقتضى عموم أكثر الأخبار المتقدّمة و خصوص صحيحتى داود و رواية علىّ بن سليمان: جواز المقاصّة

من جنس الحقّ و من غيره، كما هو ظاهر الفتاوى، و صريح جماعة أيضا «۳».

فما يظهر من بعضهم- من التأمّل فى جواز الأخذ من غير جنس

---

(۱) النافع: ۲۸۴.

(۲) الفقيه ۳: ۱۱۵، التهذيب ۶: ۳۴۹.

(۳) النافع: ۲۸۴، الكفاية: ۲۷۵، الرياض ۲: ۴۱۲.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۵۴

الحقّ- لا وجه له أصلا.

و هل يتوقّف الأخذ من غير الجنس على تعذّر الأخذ من الجنس أم لا؟

عن جماعة- منهم الشهيدان «۱»-: الأول، و الأقرب- الموافق لظاهر جمع آخر «۲»-: الثانى، للعمومات، و عدم دليل على تعيين الجنس حين إمكانه.

فإن قيل:

الأخذ من غير الجنس يتوقّف على تقويم و تفويض، بقبول أو بيع، و كلّ ذلك مخالف للأصل، لا يصار إليه إلّا مع التوقّف، و لا توقّف مع إمكان الأخذ من الجنس.

قلنا:

التقويم لا مخالفة للأصل فيه، و التفويض يتحقّق فى الجنس أيضا، مع أنّه لو سلّم يجوز ارتكابه مع الدليل، و هو هنا موجود، لأنّ ما يدلّ بعمومه على أخذ غير الجنس يدلّ على ذلك أيضا، للتوقّف.

ثمّ إن كان المأخوذ منه من جنس الحقّ، فإن كان ما ظفر به بقدر الحقّ أو كان زائدا عليه و أمكن أخذ القدر بدون التصرّف فى الزائد فلا كلام.

و كذا إن وقع القدر و الزائد فى يده بإذن الغريم بقرض أو وديعة- على القول بجواز التقاصّ منها- فيأخذ القدر، و يردّ الزائد.

و إن لم يكن بيده و توقّف أخذ القدر بالتصرّف فى الزائد أيضا- كما لو كان المجحود ألف درهم، و ظفر بكيس أو صندوق فيه ألفان،

---

(۱) الشهيد الأول فى الدروس ۲: ۸۵، الشهيد الثانى فى المسالك ۲: ۳۸۹.

(۲) منهم المحقّق فى الشرائع ۴: ۱۰۹، و العلّامة فى التحرير ۲: ۱۸۸، و السبزوارى فى الكفاية: ۲۷۵.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۵۵

و لم يمكن أخذ الألف إلّا بنقله إلى مكان آخر و فتحه- فهل يجوز هذا التصرّف فى الزائد أم لا؟

الظاهر: نعم، لأدلّة نفى الضرر المعارضة مع أدلّة النهى عن تصرّف مال الغير، و لأنّه لو لم يجز التصرّف فى الزائد لما جاز التصرّف فى

قدر الحقّ حينئذ أيضا، لأنّ سبب الحرام حرام، مع أنّه جائز لإطلاق الآيتين، و بعض العمومات المتقدّمة.

و من ذلك ظهر جواز التصرّف فى الزائد من غير الجنس أيضا، و يكون الزائد فى الصورتين أمانة فى يده، و لا ضمان عليه لو تلفت بدون تقصيره و تفريطه- كما صرّح به فى التحرير «۱»- إذا لم يمكن الأخذ بدون الزيادة، للأصل.

و لو أخذ الجنس الذى لم يكن بيده و تلف كان من ماله، لأنّه إن أخذه بقصد التقاصّ صار ماله، و إن أخذه متردّدا بين التقاصّ و عدمه كان تصرّفا غير جائز، فيضمن.

و لو كان المأخوذ من غير الجنس، فظاهر الكفاية الإجماع على تخييره بين أخذه بالقيمة و بين بيعه و قبض ثمنه لحقّه، و حيث قال: و يتخيّر عند الأصحاب «۲».

و ظاهر الدروس الخلاف فيه، حيث قال: و الأقرب تخيّره بين تملّكه بالبيع و بالقيمة «۳».

و كيف كان، فالظاهر التخيير، لتجويز الاعتداء، و أخذ الحقّ منه

---

(۱) التحرير ۲: ۱۸۸.

(۲) الكفاية: ۲۷۵.

(۳) الدروس ۲: ۸۵.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۵۶

و قبضه، و أخذ مثل المال منه على سبيل الإطلاق فى العمومات، و هو يحصل بكلّ من الوجهين، و الأصل عدم تعيّن نوع خاصّ منه.

و ليس له الانتفاع بما أخذ قبل القبول أو البيع، و عليه المبادرة إلى أحدهما، فلو أخّر مع الإمكان فنقصت الثمن ضمن النقصان، و لا يضمن ما نقص قبل التقصير، كذا قال فى التحرير «۱».

و لا أدرى دليلا تامّا على تضمين نقصان الثمن بالتأخير، مع كون أصل التصرّف جائزا، و الأصل عدم الضمان، سيّما إذا كان التأخير لطلب زيادة فى القيمة، أو مصلحة أخرى للمالك أو نفسه.

و أولى بعدم الضمان ما إذا لم يحصل لأجله ضرر على المالك، كما إذا كان المال ممّا لم يرد مالكه بيعه.

و لو تلف المساوى للحقّ من غير الجنس قبل القبول أو البيع من غير تقصير منه، فقال الشيخ: الأليق بالمذهب عدم الضمان «۲». و هو كذلك، للأصل.

و احتمل الفاضلان الضمان، لأنّه قبض بدون إذن المالك «۳».

و فيه: أنّ إذن الشارع أعظم من إذن المالك.

المسألة الرابعة: فى جواز المقاصّة من الوديعة و عدمه قولان:

الأول:

للتهذيبين و السرائر و الشرائع و النافع و المختلف و الإرشاد و التحرير و شرح الشرائع للصيمرى و التنقيح و النكت و المسالك «۴»، و فيه

---

(۱) التحرير ۲: ۱۸۸.

(۲) المبسوط ۸: ۳۱۱.

(۳) المحقّق فى الشرائع ۴: ۱۰۹، العلّامة فى التحرير ۲: ۱۸۸.

(۴) التهذيب ۶: ۳۴۹، الاستبصار ۳: ۵۳، السرائر ۲: ۳۶، الشرائع ۴: ۱۰۹، النافع: ۲۸۴، المختلف: ۴۱۲، التحرير ۲: ۱۸۸، التنقيح ۴: ۲۶۸، المسالك ۲: ۳۸۹.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۵۷

و فى الكفاية: أنّ عليه أكثر المتأخّرين «۱»، و قيل: بل لعلّه عليه عامّتهم «۲».

و هو الأقوى، لعموم الآيـة، و إطلاق أكثر الأخبار المتقدّمـة، بل عمومها الناشـئ عن ترك الاسـتفصال، و خصوص روايـة إسـحاق بن إبراهيم السابقة، و أظهر منها صحيحة البقباق، و رواية علىّ بن سليمان.

و دلالة الصحيحة على الرجحان- المخالف لظاهر الاتّفاق كما قيل «۳».

حيث إنّهم حكموا بالكراهـة- غير قادح فى الحجّيـة، لاحتمال خصوصـيّة فى واقعة شـهاب- من جهته، أو من جهة الرجل، أو من جهة ماله- أوجبت ذلك الرجحان.

و القول بأصالة عدم الخصوصيّة واه جدا، إذ قد تكون جهات الرجحان موافقة للأصل أو مساوية مع خلافها بالنسبة إلى الأصل.

و الثانى:

للصـدوق فى أكثر كتبه و التقىّ الحلبى و الكيدرى و الطبرسـى و ابن زهرة «۴» مـدّعيا عليه إجماع الإماميّة، و نسب إلى بعض متأخّرى المتأخّرين، و لعلّه صاحب الوافى «۵»، و نسبه فى التحرير إلى الشيخ أيضا «۶».

للإجماع المنقول، و للكتاب، و السنّة المستفيضة الآمرة بردّ الوديعة «۷».

---

(۱) المسالك ۲: ۳۸۹، الكفاية: ۲۷۵.

(۲) الرياض ۲: ۴۱۲.

(۳) الرياض ۲: ۴۱۲.

(۴) الصـدوق فى الفقيه ۳: ۱۸۵، التقى فى الكـافى فى الفقـه: ۳۳۱، الطبرسـى فى مجمع البيان ۱: ۲۸۸، ابن زهرة فى الغنيـة (الجوامع الفقهية): ۵۹۲.

(۵) انظر الرياض ۲: ۴۱۲، الوافى ۱۸: ۸۱۵.

(۶) التحرير ۲: ۱۸۸.

(۷) الوسائل ۱۹: ۷۱ أبواب أحكام الوديعة ب ۲.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۵۸

و خصوص صـحيحة ابن عمّار: الرجل يكون لى عليه الحقّ، فيجحـدنيه، ثمّ يسـتودعنى مالا، ألى أن آخـذ مالى عنـده؟ فقال: «لا، هذه خيانة» «۱».

و روايـة ابن أخى الفضـيل الصـحيحة عن ابن أبى عمير: إنّ ابنى مـات و ترك مالا فى يـد أخى، فأتلفه، ثمّ أفاد مالا فأودعنيه، فلى أن آخذ منه بقدر ما أتلف من شىء؟ فأخبرته بذلك، فقال: «لا، قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله:

أدّ الأمانة إلى من ائتمنك، و لا تخن من خانك» «۲».

و الأول ليس بحجّة، سيّما مع مخالفة أجلّاء الطائفة و الشهرة العظيمة المتأخّرة.

و الثانى بالمعارضـة بالمثل من الكتاب و السـنّة المجوّزة للتقاص «۳»، الراجحـة على ما ذكروه بالشـهرة، و باتّفاقهم على رجحانها على عمومات حرمة التصرّف فى مال الغير بغير إذنه، مع أنّ ما ذكروه ليس بأقوى من تلك العمومات.

و الروايتان محمولتان على الكراهة بقرينة الأخبار المجوّزة للتقاصّ عن الوديعة، مع كونهما أعمّ من اجتماع شروط المقاصّة من إمكان الأخذ منه، و عدم الإحلاف سابقا، و غير ذلك. و احتمال كون الإتلاف فى الأخيرة ممّا لا يوجب الضمان المجوّزة للتقاص.

المسألة الخامسة: لو اقتصّ حقّه، ثمّ أتى الغريم بالمال المجحود

أو

(١) الكافى ۵: ٩٨- ٢، الفقيه ٣: ١١۴- ۴٨٣، التهذيب ۶: ١٩٧- ۴٣٨، الوسائل ١٧: ٢٧۵ أبواب ما يكتسب به ب ٨٣ ح ١١.

(٢) التهذيب ۶: ٣۴٨- ٩٨١، الاستبصار ٣: ۵٢- ١٧٢، الوسائل ١٧: ٢٧٣ أبواب ما يكتسب به ب ٨٣ ح ٣.

(٣) راجع ص: ۴۴٧ و ۴۴٨.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ۴۵٩

المماطل فيه، فإن كانت عين ما اقتصّه باقية جاز لمن اقتصّ أخذ حقّه، و ردّ المقتصّ، لأصالة عدم اللزوم. و كذا لو تمكّن من انتزاع حقّه بعد التقاصّ بالبيّنة و الإثبات و الأخذ، و ردّ المقتصّ مع بقاء عينه، لما ذكر.

و هل يجب عليه ذلك، أم لا؟

الظاهر: الثانى، للأصل، و الاستصحاب.

و يمكن أن يقال: إنّ الثابت من أدلّة التقاصّ ليس أزيد من جواز أخذه و التصرّف فيه ما دام غريمه جاحدا أو مماطلا، و أمّا بعد الإقرار و البذل فيستصحب عدم جواز التصرّف، فإنّه قبل التقاصّ لم يكن جائز التصرّف، و بعده لم يثبت الزائد عن الجواز ما لم يبذل، فيستصحب العدم بعد البذل، إلّا أنّه يتعارض الاستصحابان حينئذ، و يرجع إلى التخيير أيضا.

و كذا الحكم لو كانت العين تالفة، إلّا أنّ عدم الوجوب حينئذ أظهر، لأصالة عدم لزوم التغريم من ماله، و استصحاب الأول.

و هل يجوز له مع عدم ردّ المقتصّ به قبول ما بذل له الغريم أيضا؟

الظاهر: لا، لسقوط حقّه بعد التقاصّ فى نفس الأمر، و إن لم يعلمه الغريم و كان غاصبا بحسب علمه.

المسألة السادسة: هل يختصّ التقاصّ بما إذا علم حقّه على الغريم واقعا

، أو يجوز مع العلم الشرعىّ الحاصل بالأصول الشرعيّة أيضا؟

الظاهر: الثانى، لقيام مقتضى الأصول الشرعيّة مقام الواقع، فلو جوّز كون جحود الغريم لأجل علمه بحقّ له عليه أو على مورّثه، و لكن لم يعلمه، يجوز التقاص.

و كذا لو علم حقّ لمورّثه على زيد، و ادّعى هو الإيفاء، و لكن لم يعلم به ذلك الوارث، فلا يجب عليه الترافع، و الأخذ بعد يمين نفى

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ۴۶٠

العلم، بل يجوز له التقاص، لأصالة عدم الحقّ فى الأول، و عدم الإيفاء فى الثانى.

المسألة السابعة: يجوز التقاصّ من مال الغريم المشترك بينه و بين غيره

، و عليه أداء مال الغير و إيصاله إليه، للعمومات، و أدلّة نفى الضرر، و لأنّ حرمة مال الشريك ليس بأزيد من حرمة الزائد على الحقّ من مال الغريم.

المسألة الثامنة: لو كان الغريم غائبا، و لم يعلم جحوده أو عدم بذله

، یجوز التقاصّ من ماله الحاضر، للعمومات، و لإطلاق صحیحة البقباق، و روایة إسحاق، بل صحیحة زربی «۱»، و عدم ثبوت الإجماع الثابت فی الحاضر المقرّ الباذل فی ذلک.

المسألة التاسعة: لو کان حقّه مظنونا لا یجوز له التقاص

، لعدم علمه بحقّ ثابت، و عدم شمول العمومات له.
و تسلّطه علی إحلاف الغریم، أو أخذ الحقّ بعد نکوله علی سماع الدعوی الظنّیة لا یدلّ علی ثبوت الحقّ له.
نعم، لو نکل و حکم الحاکم به تجوز له المقاصّة حینئذ لو لم یبذل.

المسألة العاشرة: لو کان له علی شخص حقّ، و لم یعلم به الغریم أو نسیه

یجوز له التقاص، من غیر وجوب الإعلام و المطالبة، للعمومات.
و کذا لو کان حقّ علیه، و لم یعلم تذکّره و عدمه و إقراره.
و کذا لو کان له حقّ، و منعه الحیاء أو الخوف أو مصلحة أخری عن المطالبة.

---

(۱) المتقدّمة جمیعا فی ص: ۴۴۹.

مستند الشیعة فی أحکام الشریعة، ج۱۷، ص: ۴۶۱

المسألة الحادیة عشرة: یجوز تقاصّ ما أعطاه لغیره رشوة محرّمة أو ربا

، إذا کان مضطرّا فی الإعطاء، بل غیر مضطرّا أیضا، إذا علم الآخذ کونه رشوة أو ربا.

المسألة الثانیة عشرة: لو کان لزید مال علی عمرو، و لعمرو علی بکر، یجوز لزید المواطاة مع بکر

، و أخذ حقّه منه، للعمومات. و یجوز لبکر إعطاؤه، لأنّ جواز أخذ الغریم یستلزم ذلک. و یجوز حلف بکر علی البراءة.

المسألة الثالثة عشرة: لو کان الحقّ مختلفا فیه بین العلماء

لا- یجوز لطالب الحقّ التقاصّ قبل الترافع بتقلید مجتهد یفتی بثبوته، کما مرّ فی صدر الفصل، فلو جنی علیه أحد بجنایة، دیتها عند بعض المجتهدین عشرة، و عند بعض آخر عشرون، لا یجوز له تقاصّ العشرة الزائدة المختلف فیها بتقلید الثانی.

المسألة الرابعة عشرة: لو کان له حقّ علی من لا یفی ماله بدیونه، یجوز له التقاصّ من ماله ما لم یحجر علیه الحاکم.

و لو حجر علیه فهل یجوز له تقاصّ تمام حقّه من مال الغریم أم لا؟
فیه إشکال، و الأحوط: لا.
و لو کان له حقّ علی میّت علیه دین زائد علی الترکة لا یجوز له تقاصّ الزائد عن حصّته بعد التوزیع، لانتقال ماله بموته إلی الدیّان.

المسألة الخامسة عشرة: یجوز التقاصّ من مال الغریم المتزلزل

- کما ابتاعه ببیع الخیار- لصدق ماله علیه، فیعمل المشتری لو فسخه البائع ما یعمله فی صورة التلف.

المسألة السادسة عشرة: یجوز التوکیل فی التقاص

، لأنّه أمر یقبل

مستند الشیعة فی أحکام الشریعة، ج١٧، ص: ۴۶٢

الوکالة، لعموماتها.

و هل یجوز لغیر ذی الحقّ التقاصّ له من غیر توکیل، إذا علم مطالبة الغیر لحقّه؟

الظاهر: نعم، لأنّه دفع ظلم عن الغیر، و هو جائز، بل واجب.

المسألة السابعة عشرة: الحقّ الذی یجوز تقاصّه أعمّ من أن یکون ذو الحقّ معیّنا أو أحد الأفراد

، فلو أوصی أحد بشیء لواحد من أولاد زید، یجوز لأحدهم مقاصّته بعد الجحود أو المماطلة، لصدق کون حقّه علیه، لأنّ ذلک أیضا نوع حقّ.

و علی هذا، فیجوز للفقیر تقاصّ الزکاة و الخمس و ردّ المظالم عن الغنیّ المماطل.

و هل یجوز للحاکم ذلک للإیصال إلی أهله؟

الظاهر: نعم، بل یجب، لما مرّ من وجوب دفع الظلم عن المظلوم.

المسألة الثامنة عشرة: هل یشترط فی التقاصّ عن غیر الجنس التقویم

، أم یجوز بدونه إذا کان غیر زائد علی الحقّ قطعا، کأن یقاصّ من له ألف دینار علی شخص فرسا له غایة قیمته من العشرین إلی الأربعین؟

الظاهر: الجواز، للأصل.

المسألة التاسعة عشرة: یجوز التقاصّ من المنافع کما یجوز من الأعیان

، فیجوز له إجارة دار الغریم و کرایة دابّته، لصدق الظفر بالمال.

المسألة العشرون: هل یجوز تقاصّ مستثنیات الدین- کفرس رکوبه، و ثیاب بدنه، و نحوهما- أم لا؟

الظاهر: أنّه إن لم یتملّک ما یفی به الدین غیر هذه الأمور لا یجوز، و وجهه ظاهر، و إلّا فیجوز، لأنّ المستثنی لیس عین هذه الأمور، بل أعمّ

مستند الشیعة فی أحکام الشریعة، ج١٧، ص: ۴۶٣

منها و من أثمانها.

المسألة الإحدی و العشرون: الظاهر عدم حصول التقاصّ بدون التصرّف

، للأصل، و عدم شمول العمومات، فلا یجوز قبول أمة الغریم التی فی بیته أو عبده مقاصّة، و عتقه من کفّارة، و لا قبول داره التی یسکن فیها الغریم، أو ضیعته التی فی تصرّفه، و وقفها أو بیعها للغیر، من غیر أن یتصرّف الغیر فیها.

و لو كان لزيـد حقّ على عمرو، و لبكر حقّ لا يعلمه على زيد، و غصب بكر مال عمرو، لا يجوز له مقاصّة ذلك المال، و جعله عوضا عن حقّ بكر عند نفسه، و لا تبرأ ذمّته بذلك، فتأمّل. و اللّه العالم.

المسألة الثانية و العشرون: قال فی القواعد: و لو نقب جداره ليأخذه لم يكن له «١» أرش النقب «٢».

أقول:

لا ينبغی الريب فی جواز النقب، لأدلّة نفی الضرر، و لقوله سبحانه فَمَنِ اعْتَدی عَلَيْكُمْ «٣».

و يلزمه عدم ضمان الأرش، لأنّه تصرّف جائز، و الأصل عدم الضمان. و لو ضمن الأرش كان الجواز أظهر- كما مرّ- كما إذا لم يكن الأرش زائدا على حقّه.

المسألة الثالثة و العشرون: و لو جحد من عليه مثله جاز أن يجحد أيضا

، و يكون صادقا بعد قصده التقاص، فيحلف على نفی ما جحده.

و اللّه العالم بحقائق أحكامه.

---

(١) فی خ ل «ح» و «ق»: عليه ..

(٢) القواعد ٢: ٢٣١.

(٣) البقرة: ١٩٤.

مستند الشيعة فی أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ۴۶۴

المطلب الرابع فيما يتعلّق بالاستحلاف و الحلف

اشاره

و قد مرّ بعض ما يتعلّق بذلك فی المطلب الثانی- من اشتراط كون الحلف بإذن الحاكم و المدّعی، و عدم سماع الدعوى بعدها، و غير ذلك- و بقيت أحكام أخر متعلّقة إمّا بنفس الحلف، أو الحالف، أو المحلوف عليه، لا بدّ من ذكرها، فهاهنا ثلاثة أبحاث.

البحث الأول فی أحكام تتعلّق بنفس اليمين

اشاره

و فيه أربع مسائل:

المسألة الاولى: لا يصحّ الإحلاف إلّا باللّه سبحانه

اشاره

، أى لا- يترتّب الأثر المقصود من الإحلاف إلّا إذا كان به بلا خلاف، بل عليه الإجماع فى كتاب الأيمان عن الشيخين فى المقنعة و النهاية، و الغنية و المقداد و السيّد فى شرح النافع «۱» و نسبه فى الكفاية إلى ظاهر الأصحاب «۲»، بل لعلّه إجماع محقّق، فهو الدليل عليه، مضافا إلى الأصل، و النصوص المستفيضة:

منها صحيحة سليمان بن خالد المتقدّمة، و فيها- بعد سؤال بعض

(۱) المقنعة: ۵۵۴، النهاية: ۵۵۵، الغنية (الجوامع الفقهية): ۶۱۷. و المقداد فى التنقيح ۳: ۵۰۳، حكاه عن السيد فى الرياض ۲: ۲۴۸.

(۲) الكفاية: ۲۲۶.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۶۵

الأنبياء عن اللّه سبحانه عن كيفية الحكم بين الناس-: «احكم بينهم بكتابى، و أضفهم إلى اسمى تحلفهم به» ثمَّ قال: «هذا لمن لم تقم له بيّنة» «۱».

و رواية محمّد بن قيس: «إنّ نبيّا من الأنبياء شكى إلى ربّه كيف أقضى فى أمور لم أخبر ببيانها؟ فقال: ردّهم إلىّ، و أضفهم إلى اسمى يحلفون به» «۲».

و مرسلة أبان، و فيها: «احكم بينهم بالبيّنات، و أضفهم إلى اسمى يحلفون به» «۳».

دلّت هذه الأخبار على وجوب الحلف باسم اللّه فى قطع الدعوى.

و فى المروىّ فى تفسير الإمام الوارد فى كيفيّة قضاء رسول اللّه المتقدّم بعضها: «و إن لم تكن له بيّنة حلف المدّعى عليه باللّه» «۴».

و فى رواية البصرى المتقدّمة: «فعلى المدّعى اليمين باللّه الذى لا إله إلّا هو» «۵».

و فى صحيحة ابن أبى يعفور المتقدّمة: «فإن أقام بعد ما استحلفه باللّه خمسين قسامة ما كان له حقّ» «۶».

(۱) الكافى ۷: ۴۱۵- ۴، التهذيب ۶: ۲۲۸- ۵۵۰، الوسائل ۲۷: ۲۲۹ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۱ ح ۱، بتفاوت.

(۲) الكافى ۷: ۴۱۴- ۲، الوسائل ۲۷: ۲۳۰ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۱ ح ۳، بتفاوت يسير.

(۳) الكافى ۷: ۴۱۴- ۳، التهذيب ۶: ۲۲۸- ۵۵۱، الوسائل ۲۷: ۲۲۹ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۱ ح ۲.

(۴) الوسائل ۲۷: ۲۳۹ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۶ ح ۱.

(۵) الكافى ۷: ۴۱۵- ۱، الفقيه ۳: ۳۸- ۱۲۸، التهذيب ۶: ۲۲۹- ۵۵۵، الوسائل ۲۷: ۲۳۶ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۴ ح ۱.

(۶) الكافى ۷: ۴۱۷- ۱، التهذيب ۶: ۲۳۱- ۵۶۵، الوسائل ۲۷: ۲۴۴ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۹ ح ۱، و فى الجميع لا توجد لفظة: حقّ.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۶۶

دلّت بالمفهوم على أنّه لو أقام البيّنة قبل الاستحلاف باللّه و لو حلف بغيره كان له حقّ، فلا تسقط الدعوى.

و رواية أبى حمزة: «لا تحلفوا إلّا باللّه، و من حلف باللّه فليصدق، و من حلف له باللّه فليرض» «۱».

دلّت بالمفهوم على عدم وجوب التصديق و الرضا بمن لم يحلف باللّه و إن حلف بغيره، و كذا حرّم الحلف بغير اللّه، فيكون فاسدا.

و يظهر من الوجه الأول دلالة صحيحة الخزّاز: «من حلف باللّه فليصدق، و من لم يصدق فليس من اللّه، و من حلف له باللّه فليرض، و من لم يرض فليس من اللّه» «۲».

و من الوجه الثانى دلالة صحيحة محمّد: قول اللّه تعالى وَ اللَّيْلِ إِذا يَغْشى «۳»، وَ النَّجْمِ إِذا هَوى «۴» و ما أشبه ذلك، فقال: «إنّ للّه

تعالى أن يقسم من خلقه بما شاء، و ليس لخلقه أن يقسموا إلّا به» «۵»، و قريبة منها صحيحة علىّ بن مهزيار «۶».

و صحيحة الحلبى: «لا أرى أن يحلف الرجل إلّا باللّه» «۷»، و نحوها

---

(۱) الكافى ۷: ۴۳۸- ۱، التهذيب ۸: ۲۸۳- ۱۰۴۰، الوسائل ۲۳: ۲۱۱ أبواب الأيمان ب ۶ ح ۱.

(۲) الكافى ۷: ۴۳۸- ۲، الفقيه ۳: ۲۲۹- ۱۰۷۹، الأمالى: ۳۹۱- ۷، المحاسن:

۱۲۰- ۱۳۳، الوسائل ۲۳: ۲۱۱ أبواب الأيمان ب ۶ ح ۳، بتفاوت.

(۳) الليل: ۱.

(۴) النجم: ۱.

(۵) الكافى ۷: ۴۴۹- ۱، التهذيب ۸: ۲۷۷- ۱۰۰۹، الوسائل ۲۳: ۲۵۹ أبواب الأيمان ب ۳۰ ح ۳.

(۶) الفقيه ۳: ۲۳۶- ۱۱۲۰، الوسائل ۲۳: ۲۵۹ أبواب الأيمان ب ۳۰ ح ۱.

(۷) الكافى ۷: ۴۴۹- ۲، الفقيه ۳: ۲۳۰- ۱۰۸۵، التهذيب ۸: ۲۷۸- ۱۰۱۰، الوسائل ۲۳: ۲۶۰ أبواب الأيمان ب ۳۰ ح ۴، بتفاوت يسير.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۶۷

رواية سماعة «۱».

و موثّقة سماعة: هل يصلح لأحد أن يحلّف من اليهود و النصارى و المجوس بآلهتهم؟ قال: «لا يصلح لأحد أن يحلّف أحدا إلّا باللّه» «۲».

و ظاهر أنّه إذا لم يصلح يكون فاسدا، لأنّ نفى الصلاح الفساد.

و رواية المدائنى: «لا يحلف بغير اللّه» و قال: «اليهودى و النصرانى و المجوسى لا تحلّفوهم إلّا باللّه» «۳».

و يستفاد من خصوص الأخيرتين و عموم ما تقدّم عليهما عموم الحكم للمسلم و الكافر، كما هو الحقّ المشهور، و تدلّ عليه أيضا صحيحتا الحلبى و ابن أبى عمير: عن أهل الملل كيف يستحلفون؟ فقال:

«لا تحلّفوهم إلّا باللّه» «۴».

و صحيحة سليمان بن خالد: «لا يحلف اليهودى و لا النصرانى و لا المجوسى بغير اللّه، إنّ اللّه عزّ و جلّ يقول فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِما أَنْزَلَ اللَّهُ «۵».

خلافا للمحكىّ عن المبسوط و الإيضاح و الدروس فى المجوسى، فأوجبوا عليه الحلف بغير لفظ اللّه ممّا يرفع احتمال إرادة غيره منضمّا مع

---

(۱) الكافى ۷: ۴۵۰- ۳، التهذيب ۸: ۲۷۸- ۱۰۱۱، الوسائل ۲۳: ۲۶۱ أبواب الأيمان ب ۳۰ ح ۵.

(۲) الكافى ۷: ۴۵۱- ۲، التهذيب ۸: ۲۷۹- ۱۰۱۵، الاستبصار ۴: ۳۹- ۱۳۳ الوسائل ۲۳: ۲۶۷ أبواب الأيمان ب ۳۲ ح ۵.

(۳) الكافى ۷: ۴۵۱- ۵، التهذيب ۸: ۲۷۸- ۱۰۱۴، الاستبصار ۴: ۳۹- ۱۳۲، الوسائل ۲۳: ۲۶۶ أبواب الأيمان ب ۳۲ ح ۲. مستند الشيعة فى أحكام الشريعة ج۱۷ ۴۶۷ المسألة الاولى: لا يصح الإحلاف إلا بالله سبحانه ..... ص : ۴۶۴

(۴) الكافى ۷: ۴۵۰- ۱، التهذيب ۸: ۲۷۹- ۱۰۱۶، الاستبصار ۴: ۴۰- ۱۳۴، الوسائل ۲۳: ۲۶۷ و ۲۶۹ أبواب الأيمان ب ۳۲ ح ۶ و ۱۴.

(۵) الكافى ۷: ۴۵۱- ۴، التهذيب ۸: ۲۷۸- ۱۰۱۳، الاستبصار ۴: ۳۹- ۱۳۱، الوسائل ۲۳: ۲۶۵ أبواب الأيمان ب ۳۲ ح ۱، بتفاوت يسير، و الآية فى المائدة: ۴۸.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۶۸

اللّه، لرفع احتمال إرادة النور أو الظلمة الذى هو إله باعتقاده «۱».

و فيه- مع شذوذه- أنّه اجتهاد فى مقابلة النصوص.

و قد يستدلّ له أيضا بأنّ بدون ذلك لا يحصل الجزم بأنّه حلف.

و فيه: أنّ المعتبر من الحلف هو كونها باللّه، و هو قد وقع، و أمّا مطابقة قصده للفظه فلا دليل عليها، مع أنّ العبرة فى الحلف إنّما هى على نيّة المستحلف إذا كان محقّا لا الحالف، كما نقل بعض متأخّرى المتأخّرين الاتّفاق عليه «۲».

و تدلّ عليه رواية إسماعيل بن سعد الأشعرى: عن الرجل يحلف، و ضميره على غير ما حلف عليه، قال: «اليمين على الضمير» يعنى: على ضمير المظلوم «۳».

و رواية مسعدة، و فيها: «و أمّا إذا كان ظالما فاليمين على نيّة المظلوم» «۴».

هذا، مع أنّ دليلهم لو تمّ لا طرد فى غير المجوسى من أهل الملل الباطلة، فلا وجه للتخصيص به.

و للمحكى عن الشيخ فى النهاية و الفاضلين «۵» و جماعة «۶»، فجوّزوا

---

(۱) المبسوط ۶: ۱۹۴، الإيضاح ۴: ۱۳، الدروس ۲: ۹۶.

(۲) انظر الرياض ۲: ۴۰۲.

(۳) الفقيه ۳: ۲۳۳- ۱۰۹۹، و فى الكافى ۷: ۴۴۴- ۲، و الوسائل ۲۳: ۲۴۵ أبواب الأيمان ب ۲۱ ح ۱ لا توجد: يعنى على ضمير المظلوم.

(۴) الكافى ۷: ۴۴۴- ۱، التهذيب ۸: ۲۸۰- ۱۰۲۵، قرب الاسناد: ۹- ۲۸، الوسائل ۲۳: ۲۴۵ أبواب الأيمان ب ۲۰ ح ۱.

(۵) النهاية: ۳۴۷، المحقق فى الشرائع ۴: ۸۷ و الفاضل فى التحرير ۲: ۱۹۱.

(۶) كالفاضل السبزوارى فى الكفاية: ۲۷۰، و الفاضل الهندى فى كشف اللثام ۲: ۳۳۹، و صاحب الرياض ۲: ۴۰۲.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۶۹

إحلاف الذمّى، بل مطلق الكافر- كما قيل «۱»- بما يقتضيه دينه إذا رآه الحاكم أردع له من الباطل، و أوفق لإثبات الحقّ.

لرواية السكونى: «أنّ أمير المؤمنين عليه السّلام استحلف يهوديا بالتوراة التى أنزلت على موسى» «۲».

و صحيحة محمّد بن قيس: «قضى علىّ عليه السّلام فيمن استحلف أهل الكتاب بيمين صبر أن يستحلفه بكتابه و ملّته» «۳».

و صحيحة محمّد: عن الأحكام، فقال: «فى كلّ دين ما يستحلفون به» «۴» و فى بعض النسخ: «ما يستحلّون به».

و أجيب «۵» عن الأول تارة: بضعف الرواية.

و اخرى: بكونها قضية فى واقعة لا عموم لها.

و ثالثة: بجواز اختصاصه بالإمام.

و رابعة: باحتمال كون الحلف بالتوراة منضمّة مع الحلف باللّه.

و عن الثانى: بالأخيرين، و باحتمال كون المجرورين فى «كتابه و ملّته» راجعين إلى من استحلف، و يؤيّده أفرادهما.

و عن الثالث: بجواز كون المراد أنّه يمضى عليهم حكمه إذا حلّفهم عند

---

(۱) المسالك ۲: ۳۷۱.

(۲) الكافى ۷: ۴۵۱- ۳، التهذيب ۸: ۲۷۹- ۱۰۱۹، الاستبصار ۴: ۴۰- ۱۳۵، الوسائل ۲۳: ۲۶۶ أبواب الأيمان ب ۳۲ ح ۴.

(٣) الفقيه ٣: ٢٣۶- ١١١٧، التهذيب ٨: ٢٧٩- ١٠١٨، الاستبصار ۴: ۴٠- ١٣٧، الوسائل ٢٣: ٢۶٧ أبواب الأيمان ب ٣٢ ح ٨.

(۴) الفقيه ٣: ٢٣۶- ١١١۶، التهذيب ٨: ٢٧٩- ١٠١٧، الاستبصار ۴: ۴٠- ١٣۶، الوسائل ٢٣: ٢۶٧ أبواب الأيمان ب ٣٢ ح ٧.

(۵) الكفاية: ٢٧٠، الرياض ٢: ۴٠٢.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ۴٧٠

حاكمهم، كما أنّه تجرى عليه أحكام عقودهم، و يلزم عليهم ما التزموا به.

و يرد على الأول: بعدم ضير فى ضعف الرواية سندا بعد وجودها فى الأصول المعتبرة، مع أنّ ضعفها ليس إلّا للنوفلى و السكونى، و فى ضعفهما كلام.

و على الثانى: أنّ القضيّة فى واقعة كافية فى إبطال العموم المطلوب، مع أنّ القضيّة الواقعة غير معلومة، فيلزم تخصيص العامّ بالمجمل، فتخرج العمومات المتقدّمة بأسرها عن الحجّية.

و على الثالث: أنّ أمثال تلك التجويزات لا يلتفت إليها فى بيان الأخبار، و إلّا بطل الاستدلال بها بالمرّة، مع أنّ ذلك الاحتمال أيضا مناف للعموم المطلوب، و موجب للإجمال فى المخصّص، فتأمّل.

و على الرابع: بأنّ الانضمام أيضا مناف للمطلوب من عدم جواز الاستحلاف بغير اللّه.

و على الخامس: بأنّه خلاف الظاهر المتبادر، مع أنّه أيضا مناف للمطلوب من جهة أعميّة المستحلف من المسلم، و من جهة أنّ استحلاف المسلم بكتابه أيضا غير المطلوب. إلّا أن يقال: المراد بطريق ما أنزل فى كتابه، و يقرّ فى ملّته، و هو أيضا خلاف ظاهر آخر.

و على السادس: أنّه تخصيص للحديث بلا مخصّص.

فالصواب أن يجاب عن الجميع بأنّها معارضة للأخبار المتقدّمة، و هى راجحة بالأشهريّة رواية و فتوى، و الأصرحيّة دلالة.

و بموافقة الكتاب، التى هى من المرجّحات المنصوصة، حيث قال

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ۴٧١

سبحانه فى آية الوصيّة فى السفر فَيُقْسِمانِ بِاللَّهِ «١» يعنى: الأخيرين من غير المسلمين.

و بموافقة الاحتياط و الأصل.

و بالمخالفة لمذاهب العامّة، كما صرّح به فى الوافى «٢» و شرح المفاتيح و غيرهما «٣».

و بالأحدثيّة، التى هى أيضا من المرجّحات المنصوصة، لكون بعض الأخبار المتقدّمة مرويّا عن أبى جعفر الثانى عليه السّلام، و الأخيرة لم تتجاوز عن أبى عبد اللّه عليه السّلام.

فروع:

أ: هل المراد بالحلف باللّه الحلف بهذا اللفظ المقدّس،

أو به و بمثله من الأسماء المختصّة به- كالرحمن و الرحيم- أو بهما و بمثلهما من الأوصاف الدالّة على تلك الذات المقدّسة- مثل: بالذى لا إله إلّا هو، و بالذى خلق كلّ شىء- أو بذات اللّه؟

الظاهر: الأخير، لأنّ المعنى الحقيقى للفظ اللّه هو الذات المقدّسة، فالمراد الحلف بتلك الذات المتعالية، فيصحّ الحلف بكلّ ما أفاده.

و يدلّ عليه أيضا قوله فى صحيحة الحلبى- بعد النهى عن الحلف إلّا باللّه-: «فأمّا قوله: لعمر اللّه، و قوله لاهاه فذلك باللّه» «۴».

(١) المائدة: ١٠٧.

(٢) الوافى ١۶: ١٠۵٩- ١٠۶٠.

(٣) كالكفاية: ١٤٩.

(۴) الكافى ٧: ۴۴٩- ٢، الفقيه ٣: ٢٣٠- ١٠٨۵، التهذيب ٨: ٢٧٨- ١٠١٠، قرب الاسناد: ٢٩٢- ١١۵١، الوسائل ٢٣: ٢۶٠ أبواب الأيمان ب ٣٠ ح ۴، بتفاوت.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ۴٧٢

و كذا قوله فى صحيحة محمّد المتقدّمة: «و ليس لخلقه أن يقسموا إلّا به» «١»، فإنّ الضمير راجع إلى الذات دون اللفظ.

و الظاهر أنّه لا خلاف فيه أيضا إلّا عن بعض المتأخّرين فى شرحه على النافع، و لذا جعل بعض من تأخّر عنه قوله مخالفا لظاهر الإجماع المحقّق و المحكىّ عن الشيخين «٢».

ب: كما لا يصحّ الحلف إلّا باللّه سبحانه، و لا يترتّب الأثر إلّا عليه،

و لا ينعقد فى باب الأيمان إلّا به، كذلك لا يجوز الحلف إلّا به سبحانه.

فيأثم الحالف بغيره من المخلوقات- كالأنبياء، و الأئمّة، و الملائكة، و الكتب المعظّمة، و الكعبة، و الحرم، و المشاهد المشرّفة، و الآباء، و الأصدقاء، و نحوها- على الأشهر بين الطائفة، بل قيل: إنّه مقتضى الإجماعات المنقولة «٣». و صرّح به جماعة، منهم: المحقّق الأردبيلى و صاحب المفاتيح «۴» و شارحه و بعض مشايخنا المعاصرين «۵».

لروايتى أبى حمزة و سماعة، و صحاح محمّد و علىّ بن مهزيار و الحلبى، المتقدّمة جميعا «۶».

فإنّ الأولى متضمّنة للنهى الصريح فى الحرمة.

و الثانية و الأخيرة متضمّنة لقوله: «لا أرى» و الظاهر منه نفى الجواز.

و الثالثة و الرابعة متضمّنة لقوله: «ليس لخلقه أن يقسموا إلّا به»

---

(١) راجع ص: ۴۶۶.

(٢) انظر الرياض ٢: ٢۴٨.

(٣) الرياض ٢: ۴٠٢.

(۴) المفاتيح ٢: ٣٩.

(۵) الرياض ٢: ٢۴٨ و ۴٠٢.

(۶) فى ص: ۴۶۶ و ۴۶٧.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ۴٧٣

و المتبادر منه نفى الجواز أيضا.

و حملها على الحلف الذى يترتّب عليه الأثر الشرعى لا وجه له.

مضافا إلى ما علّله بعضهم من أنّ القسم بشىء يستلزم تعظيما له، و لا مستحقّ للتعظيم المطلق و بالذات سوى اللّه تعالى «١».

و ربّما يشعر بذلك قوله فى صحيحة الحلبى «٢» و رواية سماعة «٣»:

«و لو حلف الناس بهذا و أشباهه لترك الحلف باللّه».

و تدلّ على الحرمة أيضا مرسلة يونس المرويّة فى الكافى: عن قول اللّه تعالى فَلا أُقْسِمُ بِمَواقِعِ النُّجُومِ قال: «أعظم إثم من يحلف بها» الحديث «۴».

و رواية الحسين بن زيد الطويلة، المرويّة فى الفقيه، المشتملة على جملة المناهى، و فيها: «و نهى أن يقول الرجل للرجل: لا و حياتك

و حياة فلان» «۵».

و رواية صفوان الواردة فى حكاية أبى عبد اللّه الصادق عليه السّلام مع أبى جعفر المنصور الكاذب، حيث إنّه بعد ما قال له عليه السّلام: إنّ مولاك يدعو الناس إليك، فقال: «و اللّه ما كان» فقال: لست أرضى منك إلّا بالطلاق

---

(۱) انظر الرياض ۲: ۲۴۸.

(۲) الكافى ۷: ۴۴۹- ۲، الفقيه ۳: ۲۳۰- ۱۰۸۵، التهذيب ۸: ۲۷۸- ۱۰۱۰، قرب الاسناد: ۲۹۲- ۱۱۵۱، الوسائل ۲۳: ۲۶۰ أبواب الأيمان ب ۳۰ ح ۴.

(۳) الكافى ۷: ۴۵۰- ۳، التهذيب ۸: ۲۷۸- ۱۰۱۱، الوسائل ۲۳: ۲۶۱ أبواب الأيمان ب ۳۰ ح ۵، بتفاوت يسير.

(۴) الكافى ۷: ۴۵۰- ۵، الوسائل ۲۳: ۲۶۵ أبواب الأيمان ب ۳۱ ح ۲، و الآية فى الواقعة: ۷۵.

(۵) الفقيه ۴: ۲- ۱، الوسائل ۲۳: ۲۵۹ أبواب الأيمان ب ۳۰ ح ۲.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۷۴

و العتاق و الهدى و المشى، فقال: «أ بالأنداد دون اللّه تأمرنى أن أحلف؟!» الحديث «۱».

فإنّه يشعر بأنّ الحلف بغيره سبحانه جعل للأنداد له.

و ذهب بعضهم إلى الكراهة، لضعف الأوليين سندا، و الثانية دلالة «۲».

و هما ممنوعان، سيّما و أنّ الضعف منجبر بالشهرة.

و قد يقال باختصاص النهى عن الحلف بغير اللّه بما إذا أقسم العبد على فعل نفسه، و من هو مثله من الخلق، فأمّا إذا أنشد اللّه فى حاجة فلعلّه يجوز له أن يذكر من خلق اللّه ما يشاء، كما ورد فى الأدعية المأثورة.

و لا يخفى أنّه لا حاجة إلى الاستثناء و التخصيص، لأنّ المنهىّ عنه هو الحلف و الاستحلاف، و أمّا مثل قولك: أنشدك بكذا، و أسألك بحقّ كذا، فليس هو شيئا منهما، فهو خارج عن موضوع المسألة.

و على هذا، فيجوز فى سؤال المخلوق عن المخلوق أيضا نحو ذلك، فيقول له: أنشدك بالقرآن العظيم، أو بحقّ أبيك عليك أن تفعل كذا، للأصل الخالى عن المعارض، لأنّه ليس حلفا و لا استحلافا.

ج: لا شكّ فى مرجوحيّة الحلف باللّه، و كراهتها،

و استحباب تركها لو كان صادقا.

لقوله سبحانه وَ لا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمانِكُمْ «۳».

و قوله سبحانه إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَ أَيْمانِهِمْ ثَمَناً قَلِيلًا «۴».

---

(۱) الكافى ۶: ۴۴۵- ۳، الوسائل ۲۳: ۲۳۰ أبواب الأيمان ب ۱۴ ح ۳، بتفاوت.

(۲) المسالك ۲: ۳۷۱، الكفاية: ۲۷۰.

(۳) البقرة: ۲۲۴.

(۴) آل عمران: ۷۷.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۷۵

و فى صحيحة الخزّاز: «لا تحلفوا باللّه صادقين و لا كاذبين» «۱».

و فى مرسلة سلام بن سهم: «من حلف باللّه كاذبا كفر، و من حلف باللّه صادقا أثم» «۲».

و فى رواية السكونى: «من أجلّ اللّه أن يحلف به أعطاه اللّه خيرا ممّا ذهب منه» «۳».

و فى رواية أبى بصير الواردة فى قضية سيّد الساجدين عليه السّلام، و ادّعاء مطلّقته أربعمائة دينار لأجل الصداق، و إعطائه إيّاه: «فقلت: يا أبت جعلت فداك أ لست محقّا؟ قال: بلى، و لكنّى أجللت اللّه أن أحلف به يمين صبر» «۴».

و مقتضى هذه الروايات كراهية الحلف و استحباب تركها مطلقا.

إلّا أنّ فى مرسلة على بن الحكم: «إذا ادّعى عليك مال و لم يكن له عليك، فأراد أن يحلفك، فإن بلغ مقدار ثلاثين درهما فأعطه و لا تحلف، و إن كان أكثر من ذلك فاحلف و لا تعطه» «۵».

و مقتضى الجمع تخصيص العمومات بهذه الرواية، إلّا أنّ ظاهر رواية أبى بصير استحباب الترك فى أربعمائة دينار أيضا، و يمكن أن يكون ذلك

---

(۱) الكافى ۷: ۴۳۴- ۱، الفقيه ۳: ۲۲۹- ۱۰۷۸، التهذيب ۸: ۲۸۲- ۱۰۳۳، الوسائل ۲۳: ۱۹۸ أبواب الأيمان ب ۱ ح ۵.

(۲) الفقيه ۳: ۲۳۴- ۱۱۰۸، الوسائل ۲۳: ۱۹۸ أبواب الأيمان ب ۱ ح ۶.

(۳) الكافى ۷: ۴۳۴- ۲، الفقيه ۳: ۲۳۳- ۱۰۹۶، التهذيب ۸: ۲۸۲- ۱۰۳۴، الوسائل ۲۳: ۱۹۸ أبواب الأيمان ب ۱ ح ۳.

(۴) الكافى ۷: ۴۳۵- ۵، التهذيب ۸: ۲۸۳- ۱۰۳۶، الوسائل ۲۳: ۲۰۰ أبواب الأيمان ب ۲ ح ۱.

(۵) الكافى ۷: ۴۳۵- ۶، التهذيب ۸: ۲۸۳- ۱۰۳۷، الوسائل ۲۳: ۲۰۱ أبواب الأيمان ب ۳ ح ۱.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۷۶

لاختلاف الحال بالنسبة إلى الأشخاص، سيّما الإمام عليه السّلام. و يمكن حمل المرسلة على خفّة الكراهة فى أكثر من ثلاثين درهما.

و كما يستحبّ ترك الحلف يستحبّ ترك الاستحلاف أيضا، لرواية عبد الحميد الطائى: «من قدّم غريما إلى السلطان يستحلفه و هو يعلم أنّه يحلف، ثمّ تركه تعظيما للّه تعالى لم يرض اللّه له بمنزلة يوم القيامة إلّا بمنزلة خليل الرحمن عليه السّلام» «۱».

ثمّ ما ذكرنا من كراهة الحلف إنّما هو إذا كان صادقا، و أمّا إن كان كاذبا فهو من المحرّمات الشديدة، بل من الكبائر الموبقة، بل عدّها فى بعض الروايات المتقدّمة كفرا باللّه سبحانه، و وردت فيها تهديدات شديدة فى أخبار عديدة:

كقوله عليه السّلام: «من حلف على يمين و هو يعلم أنّه كاذب فقد بارز اللّه تعالى» «۲» أى: حاربه.

و قوله: «اليمين الصبر الفاجرة تدع الديار بلاقع» «۳».

أقول: البلاقع جمع بلقع، و هى: الأرض القفر التى لا شىء بها. يريد أنّ الحالف بها يفتقر، و يذهب ما فى بيته من الرزق. و قيل: هو أن يفرّق اللّه شمله، و يقتّر عليه ما أولاه من نعمه «۴».

---

(۱) التهذيب ۶: ۱۹۳- ۴۱۹، ثواب الأعمال: ۱۳۰- ۱، الوسائل ۲۳: ۲۸۹ أبواب الأيمان ب ۵۲ ح ۱.

(۲) الكافى ۷: ۴۳۵- ۱، ثواب الأعمال: ۲۲۶- ۱، المحاسن: ۱۱۹- ۱۳۱، الوسائل ۲۳: ۲۰۳ أبواب الأيمان ب ۴ ح ۴.

(۳) الكافى ۷: ۴۳۵- ۲، ثواب الأعمال: ۲۲۶- ۳، الوسائل ۲۳: ۲۰۴ أبواب الأيمان ب ۴ ح ۵.

(۴) قال فى النهاية ۱: ۱۵۳ البلاقع جمع بلقع و بلقعة: و هى الأرض القفر التى لا شىء بها، يريدون أن الحالف بها يفتقر و يذهب ما فى بيته من الرزق. و قيل:

هو أن يفرّق اللّه شمله و يغيّر عليه ما أولاه من نعمه.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۷۷

و فى رواية أخرى: «إيّاكم و اليمين الفاجرة، فإنّها تدع الديار من أهلها بلاقع» «۱»، و الأخبار بذلك المضمون كثيرة.

و فى أخبار اخرى: إنّها تورث عقر الرحم و انقطاع النسل «۲».

و فى آخر: إنّها «تورث العقب العقر» «۳» و فى بعض النسخ: «العقب الفقر» «۴».

و فى رواية اخرى: «إنّه ينتظر بها أربعين ليلة» «۵» أى لا يتجاوزها بهلاك صاحبها.

هذا فى الحلف.

و أمّا الإحلاف، فلا يحرم إذا كان المستحلف محقّا إجماعا، و لذا استحلف مولانا الصادق عليه السّلام من سعى به عند منصور الدوانيقى، فحلف و مات «۶».

و كذا إذا كان مبطلا، لأنّ الحالف لم يحلف إلّا صادقا، فلا وجه لكون المستحلف به آثما و إن أثم بالكذب فى أصل الدعوى.

---

(۱) الكافى ۷: ۴۳۵- ۳، ثواب الأعمال: ۲۲۶- ۲، الوسائل ۲۳: ۲۰۴ أبواب الأيمان ب ۴ ح ۶.

(۲) الوسائل ۲۳: ۲۰۲ أبواب الأيمان ب ۴.

(۳) الكافى ۷: ۴۳۶- ۴، الوسائل ۲۳: ۲۰۴ أبواب الأيمان ب ۴ ح ۷.

(۴) الكافى ۷: ۴۳۶- ۴، ثواب الأعمال: ۲۲۶- ۴، الوسائل ۲۳: ۲۰۴ أبواب الأيمان ب ۴ ح ۷.

(۵) الكافى ۷: ۴۳۶- ۷، المحاسن: ۱۱۹- ۱۳۰، ثواب الأعمال: ۲۲۶- ۵، الوسائل ۲۳: ۲۰۵ أبواب الأيمان ب ۴ ح ۹.

(۶) راجع ص: ۴۷۳- ۴۷۴.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۷۸

المسألة الثانية: يستحبّ للحاكم تقديم الوعظ على اليمين لمن توجّهت إليه

، لأنّها إمّا مكروهة أو محرّمة، و الترغيب فى ترك المكروه و التحذير عن فعل المحرّم مطلوب قطعا، فيعظ الحالف بذكر الآيات و الأخبار الواردة فى ثواب ترك الحلف مع الصدق و عقاب فعلها مع الكذب.

و كذا يستحبّ وعظ المستحلف أيضا، لما عرفت من استحباب تركه.

المسألة الثالثة: يجزى للحالف أن يقول فى يمينه: و اللّه ماله قبلى كذا، و ترجمة ذلك بلغته- أىّ لغة كانت

- بلا خلاف فيه كما قيل «۱»، لصدق اليمين، و عدم دليل على لزوم الزائد، و لإطلاقات الحلف باللّه.

و لرواية أبى حمزة و صحيحة الخزّاز، المتقدّمتين فى المسألة الأولى «۲»، المتضمّنتين لقوله: «من حلف باللّه فليصدق، و من حلف له باللّه فليرض».

و لمرسلة الفقيه: قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله: «من حلف لكم باللّه فصدّقوه» «۳».

إلّا أنّهم قالوا: إنّه يستحبّ للحاكم تغليظ اليمين عليه قولا ك: و اللّه الذى لا إله إلّا هو، عالم الغيب و الشهادة، الرحمن الرحيم، الطالب الغالب، الضارّ النافع، المهلك المدرك، الذى يعلم من السرّ ما يعلمه من العلانيّة،

---

(۱) انظر الرياض ۲: ۴۰۲.

(۲) راجع ص: ۴۶۶.

(۳) الفقيه ۳: ۳۷- ۱۲۶ و فيه: من حلف لكم باللّه على حقّ فصدّقوه، الوسائل ۲۷:

۲۴۵ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۹ ح ۲.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۷۹

كما فى الصحيحة المتضمّنة لإحلاف الأخرس «۱».

أو زمانا، كالجمعة، و العيد، و بعد الزوال، و بعد العصر، كما فى الآية «۲».

و مكانا، كالكعبة، و المقام، و المسجد الحرام، و الحرم، و المشاهد المكرّمة، و المسجد الجامع، ثمَّ سائر المساجد، و المحراب منها.

و بغير ذلك، كإحضار المصحف.

و استدلّوا له بأنّه مظنّة رجوع الحالف إلى الحقّ، و مظنّة تعجيل المؤاخذة إن أقدم عليها، و بصحيحة الأخرس، و بالآية الواردة فى الوصيّة تَحْبِسُونَهُما مِنْ بَعْدِ الصَّلاةِ أى صلاة العصر فَيُقْسِمانِ بِاللَّهِ «۳».

و رواية زرارة و محمّد: «لا يحلف أحد عند قبر رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله على أقلّ ما يجب فيه القطع» «۴».

و المروىّ فى قرب الإسناد: «إنّ عليّا عليه السّلام كان يستحلف اليهود و النصارى فى بيعهم و كنائسهم، و المجوس فى بيوت نيرانهم، و يقول:

شدّدوا عليهم احتياطا للمسلمين» «۵».

و لمرسلة البرقى «۶» المتضمّنة لإحلاف الصادق عليه السّلام الساعى له عند

---

(۱) الفقيه ۳: ۶۵- ۲۱۸، التهذيب ۶: ۳۱۹- ۸۷۹، الوسائل ۲۷: ۳۰۲ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۳۳ ح ۱.

(۲) المائدة: ۱۰۶.

(۳) المائدة: ۱۰۶.

(۴) التهذيب ۶: ۳۱۰- ۸۵۵، الوسائل ۲۷: ۲۹۸ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۲۹ ح ۱، بتفاوت يسير.

(۵) قرب الاسناد: ۸۶- ۲۸۴، الوسائل ۲۷: ۲۹۸ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۲۹ ح ۲.

(۶) الكافى ۶: ۴۴۵- ۳، الوسائل ۲۳: ۲۶۹ أبواب الأيمان ب ۳۳ ح ۱.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۸۰

المنصور بالبراءة بعد حلفه باللّه الذى لا إله إلّا هو عالم الغيب و الشهادة الرحمن الرحيم.

و فى الكلّ نظر، لعدم نهوضها لإثبات العموم، و ورودها فى موارد خاصّة.

نعم، لا بأس بالقول به، لاشتهاره بين الأصحاب، بل نفى بعضهم الخلاف فيه «۱».

و هذا القدر كاف فى مقام الاستحباب، و لذا يخصّ ذلك بالحاكم دون الغريم، لاختصاص فتاويهم به.

و لو امتنع الحالف عن التغليظ لم يجبر عليه، للأصل. و لا يصير بامتناعه ناكلا لو حلف باللّه، لعدم تركه الحلف، و لوجوب تصديق من حلف باللّه، كما مرّ.

قالوا: و استحباب التغليظ ثابت فى جميع الحقوق الماليّة و غيرها، إلّا فى الماليّة إذا كانت أقلّ من نصاب القطع ربع الدينار، لرواية زرارة و محمّد المتقدّمة.

و فيه: أنّه يمنع فيه عن تغليظ خاصّ، و لكن لعدم ثبوت الاشتهار- بل الفتوى فى ذلك- و انحصار الدليل التامّ فيه يكون الاستثناء صحيحا.

المسألة الرابعة: يحلف الأخرس بالإشارة المفهمة على المشهور

- كما صرّح به جماعة «۲»- لأنّ الشارع أقام إشارته مقام تلفّظه فى سائر أموره.

و قال الشيخ فى النهاية: يحلفه الحاكم بالإشارة و الإيماء إلى اسم اللّه

---

(۱) الرياض ۲: ۴۰۲.

(۲) منهم الشهيد الثانى فى المسالك ۲: ۳۷۲، السبزوارى فى الكفاية: ۲۷۰، صاحب الرياض ۲: ۴۰۳.

سبحانه، و توضع يده مع ذلك على اسم اللّه المكتوب فى المصحف، و إن لم يحضر المصحف يكتب اسم اللّه سبحانه، و توضع يده عليه «۱».

و لعلّ دليله: أنّ حصول الإفهام بالإشارة و العلم بمرادها يحصل من ذلك الوجه.

و نسب جماعة إلى النهاية وضع اليد على الاسم خاصّة «۲».

و قال ابن حمزة فى وسيلته: إذا توجّه الحلف على الأخرس وضع يده على المصحف، و عرّفه حكمها- أى حكم اليمين- و حلّفه بالأسماء- أى أسماء اللّه تعالى- فإن كتب اليمين على لوح، ثمَّ غسلها، و جمع الماء فى شيء، و أمره بشربه، جاز، فإن شرب فقد حلف، و إن أبى ألزمه «۳».

و دليله على الجزء الأول لعلّه حصول الإشارة المفهمة بذلك.

و على الجزء الثانى صحيحة محمّد: عن الأخرس كيف يحلف إذا ادّعى عليه دين فأنكر، و لم تكن للمدّعى بيّنة؟ فقال: «إنّ أمير المؤمنين عليه السّلام اتى بأخرس، و ادّعى عليه دين، فأنكر، و لم تكن للمدّعى بيّنة، فقال: أمير المؤمنين عليه السّلام: الحمد للّه الذى لم يخرجنى من الدنيا حتى بيّنت للأمّة جميع ما تحتاج إليه، ثمَّ قال: ائتونى بمصحف، فاتى به، فقال للأخرس: ما هذا؟ فرفع رأسه إلى السماء، و أشار إلى أنّه كتاب اللّه عزّ و جلّ» إلى أن قال: «ثمَّ كتب أمير المؤمنين عليه السّلام: و اللّه الذى لا إله إلّا هو» إلى آخر ما مرّ فى المسألة السابقة «إنّ فلان بن فلان المدّعى ليس له قبل فلان بن فلان الأخرس حقّ، و لا طلبة بوجه من الوجوه، و لا سبب من

---

(۱) النهاية: ۳۴۷.

(۲) منهم فخر المحققين فى الإيضاح ۴: ۳۳۶، الفاضل المقداد فى التنقيح ۴: ۲۵۷.

(۳) الوسيلة: ۲۲۸، و فيه: .. و حلّفه بالإيماء إلى أسماء اللّه تعالى ..

الأسباب، ثمَّ غسله، و أمر الأخرس أن يشربه، فامتنع فألزمه الدين» «۱».

و نسب جماعة إلى ابن حمزة الطريق المروىّ خاصّة «۲»، و نفى عنه البعد الفاضل المقداد «۳»، و رجّحه المحقّق الأردبيلى، و اختاره الإرشاد و شرح المفاتيح، للرواية الصحيحة الخالية عن المعارض، و ضعف دليل المشهور، كما ذكره الأردبيلى، قال: و مجرّد كون الإشارة معتبرة فى مواضع لا يوجب كونها كلّية و عدم جواز العمل بالرواية. انتهى.

و تضعيف دلالة الصحيحة بكونها قضيّة فى واقعة ضعيف غايته، إذ ذكر أبى عبد اللّه عليه السّلام ذلك بعد السؤال عنه عن كيفيّة حلف الأخرس مطلقا أوضح شاهد على عدم اختصاصه بواقعة خاصّة، و كذا قول أمير المؤمنين عليه السّلام: «الحمد للّه الذى» إلى

آخره.

و منه يظهر ضعف ما قيل أيضا من جواز كون حلفه بهذا الطريق بعد الحلف بالإشارة، و يكون ذلك من باب التغليظ «۴».

بل ذلك أضعف جدّا، لأنّه لو كان كذلك لما كان وجه للإلزام بالدين بعد الامتناع من ذلك الحلف.

و احتمال امتناعه عن الإشارة أيضا أسخف بكثير، لأنّ معه لم يكن وجه لذلك لو كان المقصود بالذات الأول. فهذا القول أتقن و أظهر.

---

(۱) الفقيه ۳: ۶۵- ۲۱۸، التهذيب ۶: ۳۱۹- ۸۷۹، الوسائل ۲۷: ۳۰۲ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۳۳ ح ۱، بتفاوت.

(۲) منهم الفاضل المقداد فى التنقيح الرائع ۴: ۲۵۷، و الشهيد الثانى فى المسالك ۲: ۳۷۲، و صاحب الرياض ۲: ۴۰۳.

(۳) التنقيح الرائع ۴: ۲۵۹.

(۴) الرياض ۲: ۴۰۳.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۸۳

البحث الثانى فيما يتعلّق بالحالف

اشاره

و فيه أيضا أربع مسائل:

المسألة الأولى: الأصل فى الحالف هو المنكر دون المدّعى

- كما مرّ فى صدر المقام الثانى من البحث الثانى من الفصل الثالث- إلّا فى مواضع دلّ الدليل على يمين المدّعى، و قد مرّ بعض صورة، كصورة ردّ المنكر، و مع نكوله على أحد القولين، و مع الشاهد الواحد، و مع البيّنة فى الدعوى على الميّت. و له صور أخرى أيضا تأتى فى مواقعها.

المسألة الثانية: يتسلّط المدّعى على المنكر حلفه فى كلّ دعوى صحيحة

يتعيّن فيها الجواب على المنكر، و يطالب به، بحيث لو أقرّ أو أتى بما يقوم مقام الإقرار- من النكول، أو الردّ إلى المدّعى و حلفه- الزم بالحقّ، سواء كانت الدعوى متعلّقة بفعل المدّعى عليه نفسه، أو بفعل الغير ممّا يوجب الإقرار به إلزامه بالحقّ:

بالإجماع، و النصوص، كما فى رواية البصرى المتقدّمة: «فإن حلف فلا حقّ له، و إن لم يحلف فعليه»، و قوله فى آخرها: «و لو كان حيّا لألزم اليمين أو الحقّ أو يردّ اليمين عليه» «۱».

نعم، هذه القاعدة غير مطّردة فى الحدود، كما مرّ، و سيجىء أيضا.

المسألة الثالثة [يجب أن يكون الحالف باتّا عالما بما يحلف عليه]

يجب أن يكون الحالف- سواء كان المدّعى عليه،

---

(١) الكافى ٧: ۴١۵- ١، الفقيه ٣: ٣٨- ١٢٨، التهذيب ۶: ٢٢٩- ۵۵۵، الوسائل ٢٧: ٢٣۶ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ۴ ح ١.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ۴٨۴

أو المدّعى الذى ردّت عليه اليمين- باتّا عالما بما يحلف عليه، بالإجماع و المستفيضة:

كصحيحة هشام بن سالم: «لا يحلف الرجل إلّا على علمه» «١».

و مرسلة ابن مرار: «لا يستحلف العبد إلّا على علمه، و لا يقع اليمين إلّا على العلم، استحلف أو لم يستحلف» «٢».

و قد يقال: إنّ ذلك إنّما هو إن كانت الحلف على فعل نفسه- سواء كان إثباتا أو نفيا- و إن كانت على فعل الغير فكذلك إن كان فى إثبات، و إن كانت على النفى حلف على نفى العلم إن ادّعى عليه العلم.

و قد يعبّر بأنّ الحلف على العلم إن كان فى الإثبات مطلقا، و كذا إن كان فى نفى فعل نفسه، و إن كان فى نفى فعل الغير حلف على نفى العلم.

و قد يختصر و يقال: الحلف على البتّ أبدا، إلّا إذا حلف على نفى فعل الغير.

أقول: الحلف على نفى العلم- كما صرّحوا به- إنّما هو إذا ادّعى عليه العلم، و لمّا كان علم كلّ أحد و عدمه معلوما لنفسه أبدا، فيكون حلفه على نفسه حلفا على البتّ و القطع أيضا، فلا حاجة إلى التفصيل و لا إلى الاستثناء، بل الحلف على الإثبات و النفى على البتّ مطلقا أبدا، و يكفى أن يقال: الحلف على البتّ أبدا.

---

(١) الكافى ٧: ۴۴۵- ٣، التهذيب ٨: ٢٨٠- ١٠٢٠، الوسائل ٢٣: ٢۴۶ أبواب الأيمان ب ٢٢ ح ١.

(٢) الكافى ٧: ۴۴۵- ۴، الوسائل ٢٣: ٢۴٧ أبواب الأيمان ب ٢٢ ح ۴، و فيهما: ..

عن إسماعيل بن مرار، عن يونس، عن بعض أصحابه، و فى التهذيب ٨:

٢٨٠- ١٠٢٢: و عنه (محمد بن يعقوب) عن بعض أصحابه ..

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ۴٨۵

و على هذا، فلو ادّعى حقّا على أحد، و أنكره، يحلف بتّا على عدم الاستحقاق، أو نفى ما يدّعيه، كما يأتى.

و إن ادّعى على غيره ممّن يوجب ثبوته ثبوت الحقّ على ذلك المدّعى عليه- كالمورث و الوكيل و الولى- فإن لم يدّع العلم عليه لم تسمع دعواه، و إن ادّعى العلم سمعت، و يحلف أيضا على نفى ما يدّعيه من العلم بتّا.

و لو ردّ اليمين على المدّعى يحلف أيضا على البتّ، سواء كانت يمينا متعلّقة بفعله أو فعل الغير الذى يحلف على نفى العلم به.

ثمَّ إنّه قد ذكرنا سابقا أنّ من ادّعى على أحد حقّا، و أجاب هو بقوله:

لا أدرى، فإن لم يدّع عليه العلم لا حقّ له عليه، و إن ادّعاه له أن يحلّفه على نفى العلم.

و اعلم أيضا: كما أنّه يمكن العلم لكلّ أحد بانتفاء فعل نفسه، كذلك يمكن علمه بانتفاء فعل غيره، من إقرار المدّعى، أو كون الفعل مقيّدا بزمان أو مكان أو حالة خاصّة يعلم انتفاءه فيه، أو يحصل له العلم بالانتفاء بأمور خارجيّة و قرائن منضمّة.

و تحصّل من هاتين المقدّمتين و ممّا مرّ من أنّه على البتّ أبدا أنّ الضابط الكلّى: أنّه يجب أن يكون حلف الحالف بتيّة منطبقة على جوابه، فإن أجاب بالنفى أو الثبوت قطعا حلف عليه، سواء كان فى فعل نفسه أو غيره ممّا يوجب خلاف ما أجابه ضمانه، و إن أجاب بعدم العلم حلف عليه كذلك إذا ادّعى العلم عليه.

و تنشعب من ذلک الضابط جميع الفروع.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۸۶

و قد يستشكل فى مواضع لا- إشكال فيها بعد ما ذكرنا، فإنّه إن كان المورد ممّا لا يلزم على المدّعى عليه شيء بالإقرار فلا تسمع الدعوى.

و إن كان ممّا يلزم، فإن أجاب بانتفاء الفعل بتّا يحلف عليه، و إن أجاب بنفى العلم يحلف عليه إن ادّعى علمه.

المسألة الرابعة: المدّعى أمّا يطلق الدعوى

- كقوله: لى عليك عشرة، أو: ما فى يدک من العين الفلانيّة مالى- أو يقيّدها بسبب خاصّ، كقوله: لى عليك عشرة بسبب الاقتراض، أو ثمن المبيع الفلانى، أو: ما فى يدک من العين الفلانيّة سرقتها منّى.

و على كلّ من التقديرين إمّا يجيب المدّعى عليه بالإطلاق، أو بالتقييد.

فإن أطلقا فيكفى الحلف على نفى الاستحقاق المطلق بلا- خلاف، لمطابقة المحلوف عليه مع الدعوى، فتسقط بالحلف على نفيها بمقتضى الإجماع و الأخبار.

و لو قيّدها المدّعى بعد حلف المدّعى عليه على نفى المطلق، فادّعى ثانيا: أنّ لى عليه عشرة ثمن المبيع، لا يسمع أيضا، لأنّ نفى المطلق بالحلف يستلزم نفى المقيّد، إلّا بعد مضىّ زمان أمكن أن تكون تلک دعوى ثانية ثابتة على المدّعى عليه بعد المرافعة الاولى.

و إن قيّدا يكفى الحلف على نفى المقيّد أيضا فى سقوط تلک الدعوى إجماعا.

و لو ادّعى بعد الحلف الاستحقاق بسبب آخر يسمع منه، و يطلب من المدّعى عليه الجواب، و له حلفه، لأنّ سقوط شيء خاصّ لا يستلزم سقوط خاصّ آخر.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۸۷

و كذا لو ادّعى بعدها الاستحقاق المطلق، لأنّ سقوط الخاصّ لا يستلزم سقوط العامّ.

و إن أطلق المدّعى و قيّد المدّعى عليه- كأن يدّعى عليه عشرة، و أجاب بأنّه ليس علىّ عشرة ثمن المبيع- و حلف عليه، لم يفد فى سقوط الدعوى أصلا، و تكون الدعوى باقية، و الوجه واضح.

و إن انعكس، فادّعى المقيّد، و أجاب بنفى المطلق- فيدّعى: أنّ لى عليک عشرة ثمن المبيع، فأجاب بأنّه ليس لک علىّ شيء أصلا- و حلف عليه، فلا- شكّ فى سقوط الدعوى، لأنّ انتفاء المطلق و العامّ يستلزم انتفاء المقيّد و الخاصّ، و لصدق الحلف المسقطة للدعوى.

و تدلّ عليه أيضا صحيحة محمّد «۱» الواردة فى كيفيّة حلف الأخرس، حيث ادّعى عليه الدين، و كتب فى الحلف ما هو عامّ. و لازمه أنّه لو طلب المدّعى منه الحلف بعد ذلک على نفى المقيّد لم يكن له ذلک، إذ لا حلف بعد حلف، و لا حلف بعد سقوط الدعوى.

و لو طلب منه أولا الحلف على نفى المقيّد، فهل يجب عليه ذلک، و للمدّعى تلک المطالبة؟

الظاهر: لا، إذ لم يثبت من الشرع إلّا تسلّطه على إحلافه، و أمّا تسلّطه عليه فى كلّ جزء جزء من متعلّقات الحلف فلا، و الأصل يقتضى عدم التسلّط.

و لا يصير بتركه ما أراد ناكلا بعد إثباته بأصل الحلف على المدّعى به، و لو بما يشمله بالعموم.

---

(۱) المتقدّمة فى ص: ۴۸۱.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۸۸

و ليس ذلك إلّا من قبيل أن يدّعى عليه العشرة، ثمن المبيع الذى باعه منه فى يوم كذا، بلفظ كذا، فى مكان كذا، و هكذا، و يريد بها الإحلاف على نفى جميع تلك الجزئيات، فإن أبى المدّعى إلّا بأن يحلّفه كذلك، و لم يرض بالحلف المطلق، فللمدّعى عليه الإباء عنه أيضا، فيتوقّف حتى يرضى المدّعى بالمطلق.

و الحاصل: أنّه لا يجب عليه الحلف بالمقيّد، و ليس للمدّعى إجباره عليه، للأصل السالم عن المعارض.

و قد عبّر الأكثر عن هذا القسم بأنّ المدّعى عليه لو أراد الحلف على نفى الاستحقاق المطلق ففى إجابته قولان، أشهرهما: نعم. و المعنى واحد.

ثمّ إنّهم قد يستدلّون على الإجابة و على عدم التسلّط على إجباره بالمقيّد بأنّه قد يكون للعدول من المطلق إلى المقيّد غرض صحيح، بأن كان قد غصب أو استأجر أو سرق أو اشترى، و لكن برئ من الحقّ بوجه من وجوه الإبراء، و تكليفه بنفى المقيّد يوجب إما الكذب فى الحلف، أو وقوعه فى مضيق طلب الإثبات.

و هو كان جيّدا لو كان المخالف- و هو الشيخ على ما حكى عنه «۱»- يقول: بأنّ للمدّعى الإحلاف على نفى سبب التقييد، كأن يحلف على أنّه ما اشتريت منك، أو ما استأجرت، أو ما سرقت.

و لكنّ الظاهر أنّ الخلاف إنّما هو فى الإحلاف على نفى المقيّد، كأن يحلف على أنّه ليس فى ذمّتى ثمن المبيع، أو وجه الإجارة، أو ليس فى يدى مغصوب منك.

---

(۱) انظر المبسوط ۸: ۲۰۷، و حكاه عنه فى المسالك ۲: ۳۷۳.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۸۹

و لا يخفى أنّ ذلك لا يوجب كذبا فى الحلف لو صدق فى الواقع و إن تحقّق الشراء أو الاستئجار أو الغصب أولا.

و أمّا الإحلاف على نفى السبب منفردا، أو مع نفى المسبّب- من الاشتغال بثمن المبيع، أو نحوه- فلا تسلّط عليه أصلا، إذ قد ذكرنا فى بحث الدعوى أنّه يشترط فى سماعها كونها صريحة فى ادّعاء الاستحقاق، و دعوى السبب منفردا لا توجب دعوى استحقاق، فتكون غير مسموعة، فلا يترتّب عليها تسلّط إحلاف. و دعواه منضمّة مع المسبّب و إن كانت مسموعة إلّا أنّه باعتبار جزئها الأخير، فهو ما به الدعوى حقيقة، فيكون تسلّط الحلف عليه خاصّة، فتأمّل.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج۱۷، ص: ۴۹۰

البحث الثالث فى المحلوف عليه

اشاره

و فيه مسائل:

المسألة الاولى: لو ادّعى عليه دين و هو معسر جاز له أن يحلف أنّه لا حقّ له

، و يورى إن علم صدق دعواه- صرّح بذلك فى التحرير «۱»- لصدقه فى دعواه.

المسألة الثانية: الحلف ينصرف إلى ما حلّفه الحاكم عليه

، فلاـ تنفع توريـة الظالم من الخصـمين، لروايـة مسـعدة بن صدقـة: «فإذا كان مظلوما فيما حلف عليه و نوى اليمين فعلى نيّته، و أمّا إذا كان ظالما فاليمين على نيّة المظلوم» «٢».

و لو كان أحد الخصـمين معتقدا لحقّية ما يحلف عليه اجتهادا أو تقليدا مخالفا لاجتهاد الحاكم، لم يفد فى تأويل الحلف اعتقاد نفسه، لأنّه فى الترافع محكوم بمتابعة الحاكم، و ليس ما اجتهده أو قلّده حكم اللّه فى حقّه حينئذ.

المسألة الثالثة: قالوا: لا يجوز أن يحلف أحد ليثبت مالا لغيره، أو يسقط حقّا عن غيره.

و هو كذلك للإجماع، و الأصل و اختصاص الروايات صريحا أو

---

(١) التحرير ٢: ١٩٢.

(٢) الكافى ٧: ٤٤٤- ١، التهذيب ٨: ٢٨٠- ١٠٢٥، قرب الإسناد: ٩- ٢٨، الوسائل ٢٣: ٢٤٥ أبواب الأيمان ب ٢٠ ح ١، بتفاوت يسير.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٤٩١

ظهورا فيمـا يراد به حقّ الحـالف نفسه، و لأنّ الحلف إنّما يكون فيما إذا نكل عن الحلف أو أقرّ بالحقّ يثبت، و لا يتحقّق شـىء منهما فى حقّ الغير.

قال فى التحرير: فلو ادّعى رهنا و أقام شاهدا أنّه للراهن لم يكن له أن يحلف، بل إن حلف الراهن تعلّق حقّ الرهانة به، و إلّا فلا، انتهى «١».

أقول: سماع الشاهد الواحد من المرتهن أيضا محلّ نظر، بل على الراهن اليمين، فلو حلف تعلّق حقّ الرهانة.

و أمّا قوله: و إلّا فلا، ففيه إشـكال، لأنّ فى نكوله تضـييعا لحقّ المرتهن، فلعلّ المدّعى و الراهن اتّفقا على ذلك لتضـييع حقّه، سيّما مع عدم تمكّن الراهن من أداء حقّه من غيره.

و كذلك فى دعوى الملك الذى آجره غيره إذا ادّعاه ثالث.

و التحقيق: إنّ الدعوى إمّا تكون مع الراهن أو المرتهن.

فعلى الأول: تختصّ الـدعوى على ملكيّـة الراهن، فإن حلف الراهن سـقطت الدعوى منه و من المرتهن، و إلّا تثبت الدعوى على ملكيّة المدّعى، و لكن لا يبطل الرهن، لعدم منافاة بين ملكيّته و صحّة الرهن، لجواز أن يكون بإذنه، فللمرتهن العمل بمقتضى المراهنة.

فـإن ادّعى على الراهن بعـد ذلـك فساد المراهنـة، فـإن أجـاب المرتهن بأنّه رهن بإذنه، يصـير مـدّعيا، و عليه الإثبات، و يقبل الشاهد الواحد مع اليمين لو أجزناه فى المراهنة أيضا، و هو ليس حلفا لإثبات مال الغير، بل لحقّ نفسه.

و إن أجاب بعدم فساد المراهنة يكون منكرا، و عليه الحلف، فإن

---

(١) التحرير ٢: ١٩٢.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج١٧، ص: ٤٩٢

حلف تثبت المراهنة الصحيحة، و لا ينافيها عدم ملكيّة الراهن.

و على الثانى: فإن ادّعى عليه ملكيّـة المرهون فقط لم تسمع دعواه، لما عرفت فى بحث شـرائط سـماع الدعوى من عدم سـماع دعوى

غير صريحة فى الاستحقاق و إن ضمّ معها فساد المراهنة، فيكفى جواب المرتهن بعدم الفساد، و عليه الحلف، و تبقى دعواه مع الراهن.

و كذلك فى الإجارة و الإصداق و نحوهما. و اللّه العالم.

تمّ مقصد القضاء.

تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

جاهِدُوا بِأَمْوالِكُمْ وَ أَنْفُسِكُمْ فى سَبيلِ اللَّهِ ذلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ (التوبة/۴۱).

قالَ الإمامُ علیّ بْنُ موسَی الرِّضا – علَيهِ السَّلامُ: رَحِمَ اللّهُ عَبْداً أحْيَا أمْرَنَا... يَتَعَلَّمُ عُلُومَنَا وَ يُعَلِّمُهَا النَّاسَ؛ فَإِنَّ النَّاسَ لَوْ عَلِمُوا مَحَاسِنَ كَلَامِنَا لَاتَّبَعُونَا... (بَنادِرُ البِحار – فی تلخیص بحار الأنوار، للعلاّمة فیض الاسلام، ص ۱۵۹؛ عُیونُ أخبارِ الرِّضا(ع)، الشّیخ الصَّدوق، الباب۲۸، ج۱/ ص۳۰۷).

مؤسّس مُجتمَع "القائمیّة" الثّقافیّ بأصبَهانَ – إیرانَ: الشهید آیة الله "الشمس آبادی" – رَحِمَهُ اللهُ – کان أحداً من جَهابذة هذه المدینة، الذی قدِ اشتهَرَ بشَعَفِهِ بأهل بَیت النبیّ (صلواتُ اللهِ علَیهِم) و لاسیَّما بحضرة الإمام علیّ بن موسَی الرِّضا (علیه السّلام) و بساحة صاحِب الزّمان (عَجَّلَ اللهُ تعالی فرجَهُ الشَّریفَ)؛ و لهذا أسّس مع نظره و درایته، فی سَنَةِ ۱۳۴۰ الهجریّة الشمسیّة (=۱۳۸۰ الهجریّة القمریّة)، مؤسَّسةً و طریقةً لم یَنطَفِئ مِصباحُها، بل تُتَّبَع بأقوَی و أحسَنِ مَوقِفٍ کلَّ یوم.

مرکز "القائمیّة" للتحرِّی الحاسوبیّ – بأصبَهانَ، إیرانَ – قد ابتدَأَ أنشِطتَهُ من سَنَةِ ۱۳۸۵ الهجریّة الشمسیّة (=۱۴۲۷ الهجریّة القمریّة) تحتَ عنایة سماحة آیة الله الحاجّ السیّد حسن الإمامیّ – دامَ عِزّهُ – و مع مساعَدَةِ جمعٍ من خِرّیجی الحوزات العلمیّة و طلاب الجوامع، باللیل و النهار، فی مجالاتٍ شتّی: دینیّة، ثقافیّة و علمیّة...

الأهداف: الدّفاع عن ساحة الشیعة و تبسیط ثَقافة الثَّقَلَین (کتاب الله و اهل البیت علیهِمُ السَّلامُ) و معارفهما، تعزیز دوافع الشَّباب و عموم الناس إلی التَّحَرِّی الأدَقّ للمسائل الدّینیّة، تخلیف المطالب النّافعة – مکانَ البَلاتیثِ المبتذلة أو الرّدیئة – فی المحامیل (=الهواتف المنقولة) و الحواسیب (=الأجهزة الکمبیوتریّة)، تمهید أرضیّةٍ واسعةٍ جامعةٍ ثَقافیّةٍ علی أساس معارف القرآن و أهل البیت –علیهم السّلام – بباعث نشر المعارف، خدمات للمحققین و الطّلاّب، توسعة ثقافة القراءة و إغناء أوقات فراغة هُواةِ برامِجِ العلوم الإسلامیّة، إنالة المنابع اللازمة لتسهیل رفع الإبهام و الشّبُهات المنتشرة فی الجامعة، و...

- مِنها العَدالة الاجتماعیّة: التی یُمکِن نشرها و بثّها بالأجهزة الحدیثة متصاعدةً، علی أنّه یُمکِن تسریعُ إبراز المَرافِق و التسهیلاتِ – فی آکناف البلد - و نشرِ الثّقافةِ الاسلامیّة و الإیرانیّة – فی أنحاء العالَم - مِن جهةٍ اُخرَی.

- من الأنشطة الواسعة للمرکز:

الف) طبع و نشر عشراتِ عنوانِ کتبٍ، کتیبة، نشرة شهریّة، مع إقامة مسابقات القِراءة

ب) إنتاجُ مئات أجهزةٍ تحقیقیّة و مکتبیة، قابلة للتشغیل فی الحاسوب و المحمول

ج) إنتاج المَعارض ثّلاثیّةِ الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرّسوم المتحرّکة و... الأماکن الدینیّة، السیاحیّة و...

د) إبداع الموقع الانترنتی "القائمیّة" www.Ghaemiyeh.com و عدّة مَواقِعَ اُخرَ

ه) إنتاج المُنتَجات العرضیّة، الخَطابات و... للعرض فی القنوات القمریّة

و) الإطلاق و الدَّعم العلمیّ لنظام إجابة الأسئلة الشرعیّة، الاخلاقیّة و الاعتقادیّة (الهاتف: ۰۰۹۸۳۱۱۲۳۵۰۵۲۴)

ز) ترسیم النظام التلقائیّ و الیدویّ للبلوتوث، ویب کشک، و الرّسائل القصیرة SMS

ح) التعاون الفخریّ مع عشراتِ مراکزَ طبیعیّة و اعتباریّة، منها بیوت الآیات العِظام، الحوزات العلمیّة، الجوامع، الأماکن الدینیّة کمسجد

جَمكرانَ و...

ط) إقامهٔ المؤتمَرات، و تنفيذ مشروع" ما قبلَ المدرسهٔ "الخاصّ بالأطفال و الأحداث المُشارِكين فی الجلسهٔ

ی) إقامهٔ دورات تعليميّهٔ عموميّهٔ و دورات تربيهٔ المربّی (حضوراً و افتراضاً) طيلهٔ السَّنَهٔ

المكتب الرّئيسیّ: إيران/أصبهان/ شارع "مسجد سيّد/ "ما بينَ شارع "پنج رَمَضان "ومُفترَق "وفائی/"بنايهٔ "القائميّهٔ "

تاريخ التأسيس: ١٣٨٥ الهجريّهٔ الشمسيّهٔ (=١٤٢٧ الهجريهٔ القمريّهٔ)

رقم التسجيل: ٢٣٧٣

الهويّهٔ الوطنيّهٔ: ١٠٨٦٠١٥٢٠٢٦

الموقع: www.ghaemiyeh.com

البريد الالكترونی: Info@ghaemiyeh.com

المَتجَر الانترنتی: www.eslamshop.com

الهاتف: ٢٥-٢٣٥٧٠٢٣- (٠٠٩٨٣١١)

الفاكس: ٢٣٥٧٠٢٢ (٠٣١١)

مكتب طهرانَ ٨٨٣١٨٧٢٢ (٠٢١)

التِّجاريّهٔ و المَبيعات ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩

امور المستخدمين ٢٣٣٣٠٤٥(٠٣١١)

ملاحَظهٔ هامّهٔ:

الميزانيّهٔ الحاليّهٔ لهذا المركز، شَعبيّهٔ، تبرّعيّهٔ، غير حكوميّهٔ، و غير ربحيّهٔ، اقتُنِيَت باهتمام جمع من الخيّرين؛ لكنّها لا تُوافِی الحجمَ المتزايد و المتّسِعَ للامور الدّينيّهٔ و العلميّهٔ الحاليّهٔ و مشاريع التوسعهٔ الثّقافيّهٔ؛ لهذا فقد ترجَّی هذا المركزُ صاحِبَ هذا البيتِ (المُسمَّی بالقائميّهٔ) و مع ذلك، يرجو مِن جانب سماحهٔ بقيّهٔ الله الأعظم (عَجَّلَ اللهُ تعالی فرَجَهُ الشَّريفَ) أن يُوفِّقَ الكلَّ توفيقاً متزائداً لِإعانتهم – فی حدّ التّمكّن لكلّ احدٍ منهم – إيّانا فی هذا الأمر العظيم؛ إن شاءَ اللهُ تعالی؛ و اللهُ ولیّ التوفيق.



مركز
القائمية
اصفهان
للتحريات الكمبيوترية
www
للحصول على المكتبات الخاصه الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir
و للايصاء من فضلكم
۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹